DIREITOS FUNDAMENTAIS E EFETIVAÇÃO

EDITORA MULTIFOCO
Simmer & Amorim Edição e Comunicação Ltda.
Av. Mem de Sá, 126, Lapa
Rio de Janeiro - RJ
CEP 20230-152

REVISADO PELA COORDENAÇÃO DO SELO ÁGORA 21

Direitos Fundamentais e Efetivação
SALLES, Sergio de Souza
PEREIRA, Thiago Rodrigues
SANTORO, Antonio Eduardo Ramires
ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto

1ª Edição
Fevereiro de 2017
ISBN: 978-85-5996-413-4

CONSELHO DO CAED-JUS

SOBRE O CAED-Jus

O **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa de uma rede de acadêmicos brasileiros e internacionais para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se exclusivamente de maneira virtual, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. Com a sua criação, o **CAED-Jus** torna-se um dos principais congressos da América Latina com os seguintes diferenciais:

- ❖ Democratização da divulgação e produção científica
- ❖ Publicação dos artigos em livro impresso a ser enviado aos participantes
- ❖ Hall of fame com os premiados de cada edição
- ❖ Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas online
- ❖ Diversidade de eventos acadêmicos no **CAED-Jus** (hangouts, palestras, minicursos, etc)
- ❖ Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- ❖ Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido e Alemanha.

Em 2016, o evento ocorreu entre os dias 23 a 25 de novembro e contou com 44 Grupos de Trabalho e mais de 400 participantes. A seleção dos coordenadores de GTs e dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review*, o que resultou na publicação dos cinco livros do evento:

- Direito público: desafios e perspectivas
- Efetividade dos direitos humanos e direito internacional
- Direito, sociedade e solução de conflitos
- Novos direitos e transformação social
- Direitos fundamentais e efetivação

Os coordenadores de GTs indicaram trabalhos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2016. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Eduardo Manuel Val (UFF/UNESA), Mario Luis Gambacorta (UBA, Argentina) e Deraldo Dias (UCS). O trabalho premiado foi de autoria de Tatiana Lourenço Emmerich de Souza sob o título "O crime de lavagem de dinheiro por meio da internet: perspectivas e dificuldades da legislação brasileira".

SUMÁRIO

SAÚDE E INSTITUIÇÕES JURÍDICAS

HOSPITAIS FILANTRÓPICOS, GESTÃO E INTEGRALIDADE: OS DESAFIOS INSTITUCIONAIS DO HOSPITAL ANTONIO CASTRO E MUNICÍPIO DE CORDEIRO.

Diego Machado Monnerat[1]

1. INTRODUÇÃO

Os hospitais filantrópicos estão no centro da promoção e interiorização do direito humano à saúde no interior do Brasil. Como pessoas jurídicas de direito privado, que ofertam serviços ao Sistema Único de Saúde, têm natureza especial, ou seja,

> aquele que não é público e nem privado, no sentido convencional desses termos; porém guarda uma relação simbiótica com ambos, na medida em que ele deriva sua própria identidade da conjugação entre a metodologia deste com as finalidades daquele (PAES, 2001, p. 68)

Esses nosocômios têm seu regramento legal instituído pela lei 12.101 de 27 de novembro de 2009, que regula a concessão do certificado de entidades beneficentes de assistência social em saúde (CEBAS Saúde). O setor hospitalar filantrópico é responsável por cerca de 1/3 do parque hospitalar nacional, com cerca de 1.917 unidades e 132 mil leitos, praticamente todos voltados a suprir a demanda do SUS (PORTELA et al, 2001, p.11, v.1). Em 2009, este quadro teve algumas alterações:

> Os estabelecimentos privados de saúde são predominantemente com fins lucrativos (90,6%), apresentando uma tendência para a diminuição da proporção de estabelecimentos sem fins lucrativos (9,4%) e de estabelecimentos com vínculo como sistema público de saúde (SUS), que em 2005 representavam

1. Mestre em Direito (UCP) - Email: monneratdm@gmail.com

> 30,6% dos estabelecimentos privados, passando para 27,1% em 2009" (IBGE, 2010).

A deterioração e fragilidade destas instituições atinge milhões de pessoas por todo território brasileiro, mas tem impacto violentíssimo à promoção do direito humano à saúde nas cidades de interior[2], justificando sua relevância. O município de Cordeiro é representativo deste quadro. A atuação do Hospital Antonio Castro em Cordeiro possui variáveis que influenciam nas práticas de integralidade, bem como as características especiais de gestão, lançando desafios que devem ser explorados para a promoção do direito humano à saúde nestas localidades.

PORTELA et al (2001) apresentam elementos relevantes para a compreensão do objeto de pesquisa. Quanto ao parque hospitalar, 81% dos hospitais filantrópicos são predominantemente localizados em cidades de interior. Deste percentual, 56% são os únicos hospitais dessas cidades, onde 42% estão localizados em municípios de até 20 mil habitantes. No conjunto do setor, prevalecem hospitais com até 100 leitos, em um percentual de 75%, onde a maioria são clínicas básicas e de limitada possibilidade tecnológica e baixa com capacidade resolutiva. As grandes entidades hospitalares filantrópicas estão situadas nas cidades com mais de 200 mil habitantes, onde acompanham os melhores índices gerais.

No caso dos grandes conglomerados hospitalares, as receitas do SUS e de convênios adquirem expressividade semelhante (37% para SUS e 38% para convênios), com faturamento médio de 69 milhões. Já na maioria do parque hospitalar, onde se situam os pequenos hospitais filantrópicos localizados em cidades de interior, a maior parte da receita de serviços de saúde é proveniente do SUS, (64% para SUS e 16% de particulares e convênios). As pequenas unidades vivem em uma situação de dependência financeira com o Sistema Único de Saúde e em crise econômica constante, diferente das entidades de maior porte, estas em situação satisfatória.

> Em síntese, analisando os hospitais dos 3 segmentos segundo sua classificação gerencial, complexidade assistencial, porte de leitos e porte financeiro, observa-se que: 83% dos hospitais da amostra, ou 53 unidades, apresentaram um desenvolvimento gerencial incipiente, 98% desses hospitais, 51, são de baixa e média complexidade e 85% deles, 44 unidades, possuem menos de 100

2. Para fins deste estudo, serão consideradas "cidade de interior" aquelas com quantitativo populacional igual ou menos a 30 mil habitantes

> leitos. Do ponto de vista financeiro, 86% dos hospitais, 46 são de micro e pequeno porte (PORTELA et al., 2001, p. 73, v.3).

Os dados mostram que a expressividade do setor hospitalar filantrópico se dá nas cidades de interior, onde, por muitas vezes, são as únicas instituições de saúde do tipo. As condições políticas e sociais fazem com que elas assumam a responsabilidade do acesso ao direito à saúde dessas populações, suplementando as ineficiências da rede pública municipal.

A pesquisa realizada para a composição deste artigo indica que o município de Cordeiro, interior do estado do Rio de Janeiro, evidencia cientificamente essas características. A pesquisa levou em conta o ano de 2015 e teve por objetivo a análise da interação entre o município e o Hospital Antonio Castro, único hospital da cidade e filantrópico. Os resultados apontam, ainda que superficialmente, os desafios gerenciais e institucionais do hospital naquela localidade, com relação as práticas de integralidade em saúde, sobretudo no intercâmbio entre os setores público e privado.

A partir do problema de pesquisa, abordando os aspectos que influenciam nas práticas de integralidade e gestão no município de Cordeiro e no Hospital Antonio Castro, o estudo determinou três hipóteses: 1) a insuficiência financeira destas instituições e a dependência dos recursos repassados pelo SUS; 2) a cultura hospitalocêntrica focada nos hospitais filantrópicos das cidades de interior e como as deficiências da rede municipal de saúde colaboram para tal fenômeno; 3) a influência da proximidade das relações pessoais no triangulo usuários do SUS, colaboradores do hospital e agentes do Poder Público.

2. MÉTODOS

A metodologia escolhida trabalhou com abordagem qualitativa, com as análises realizadas no Hospital Antonio Castro e no município de Cordeiro. A abordagem quantitativa serviu como suporte às necessidades qualitativas.

A escolha do campo se deu pelo fato do Hospital Antonio Castro, em sua relação com o município de Cordeiro, compreender particularidades que influenciam seus aspectos de gestão e práticas de integralidade, representativo dos hospitais filantrópicos em cidades de interior.

O período foi o ano de 2015. A escolha considerou o fato de ser um período recente, possibilitando a obtenção de dados atualizados, sobretudo por estarem em vigência os mesmos instrumentos jurídicos que regulam atualmente a instituição em 2016. O lapso de tempo analisado também corresponde a um exercício

fiscal fechado, onde os documentos contábeis já estão finalizados. Também, tendo em vista as inconsistências burocráticas destas instituições, a escolha facilitou o contato com documentos e outros instrumentos importantes para a pesquisa.

Quanto a primeira hipótese, a situação financeira do Hospital Antonio Castro, foram analisadas as demonstrações contábeis da instituição: Balanço Patrimonial, Demonstrações de Resultados dos Exercícios e Demonstrações das Origens e Aplicação de Recursos. Os dados buscados foram: Quantitativo de receita e despesa, discriminando a origem; detalhamento das despesas por setor e influência das isenções e imunidades fiscais no período de 2015. Os resultados obtidos foram: a insuficiência da receita frente à despesa; a dependência financeira do HAC de recursos públicos e a colaboração do HAC para faturamento de saúde do município.

Quanto a segunda hipótese, a construção social da demanda no município de Cordeiro, com ênfase no modelo hospitalocêntrico, foram analisados os relatórios de registro dos serviços de saúde exercidos pelo município de Cordeiro e pelo HAC no período de 2015. Para o hospital, utilizou-se os registros internos para os atendimentos ambulatoriais, estes repassados para o quantitativo municipal. Para os atendimentos ambulatoriais do município, foram utilizados os Relatórios Consolidados do Sistema de Informações Ambulatoriais do SUS (SIA/SUS-DATASUS). As internações foram analisadas pelos Relatórios de Prévia por AIH do Programa de Apoio a Entrada de Dados de AIH (SISAIH/DATASUS), comparados com as tabelas dispostas nos Relatórios de Produção Hospitalar (Dados consolidados AIH a partir de 2008), TABNET/DATASUS.

Os dados buscados foram: Proporção e natureza dos serviços de saúde exercidos pelo HAC e pelo município de Cordeiro; relevância dos serviços prestados pelo HAC ao acesso à saúde no município, por meio das médias dos dados mensais.

Na análise da terceira hipótese, a influência nas práticas de integralidade e aspectos gerenciais do HAC da proximidade no triangulo usuários do SUS, colaboradores da instituição e agentes do Poder Público, o instrumento de coleta utilizado foi a entrevista aberta aplicada aos entrevistados. Para maior obtenção de dados, as entrevistas foram gravadas, sendo permitido pelos entrevistados, e transcritas em momento posterior, resguardado o anonimato se assim solicitado.

3. DESENVOLVIMENTO

O município de Cordeiro se localiza na região serrana do estado do Rio de Janeiro. Segundo o Censo Demográfico 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia

e Estatística[3], sua população residente é de 20.430 pessoas. O Hospital Antonio Castro (HAC), razão social em homenagem ao empresário português que comprou o terreno onde foi estruturado o nosocômio, é de 09 de novembro de 1945, sendo a única instituição hospitalar da cidade. Sua gestão administrativa se divide em três conselhos (administrativo, fiscal e deliberativo) e possui a função precípua, segundo o estatuto da instituição, de prestar assistência social de modo especial as pessoas reconhecidamente desvalidas e necessitadas, sem qualquer distinção.

Como características gerais, as tabelas abaixo trazem alguns dados.

Tabela 1: Quantitativo de leitos por especialidade e natureza

Especialidade	**Natureza**	
	SUS	NÃO SUS[1]
Clínica Geral	27	03
Crônicos	1	-
Cirurgia Geral	8	2
Obstétrica Cirúrgica	7	2
Clínica Pediátrica	12	1
Psiquiatria	1	-
Total	56	8
	64	

Dados obtidos no Relatório Final do Prosus elaborado pela Hospital Antonio Castro. Ressalta-se que o HAC está entre os pequenos hospitais com até 100 leitos, que são 75% do parque hospitalar filantrópico do Brasil (PORTELA, 2001, p. 64, v. 3)

Tabela 2: Quantitativo de colaboradores do HAC

Administração	12
Recepção	6
Enfermagem	55
Farmácia	3
Higienização	16
Radiologia	4

3. Disponível em <http://cidades.ibge.gov.br/xtras/temas.php?lang=&codmun=330150&idtema=1&search=rio-de-janeiro|cordeiro|censo-demografico-2010:-sinopse> -

Transporte	5
Nutrição	6
Manutenção	1
Médicos de cobertura com vínculo	6
Médicos de cobertura sem vínculo	6
Médicos plantonistas sem vínculo	6
Total	126

Dados obtidos do sistema de gestão de pessoal ALTERDATA e de arquivo físico do Hospital Antonio Castro.

3.1. SITUAÇÃO FINANCEIRA E A CONSTRUÇÃO SOCIAL DA DEMANDA NO HAC

Por mesclar serviços públicos e privados, os aspectos gerenciais e econômicos dos hospitais filantrópicos se diferenciam dos demais. Essas instituições têm dificuldades desenvolver estratégias de eficiência com base em modelos como o chamado *pay-for performance*, "ou seja, o fato de que quanto mais se paga pelo serviço de saúde, melhor é a qualidade do serviço prestado" (EPSTEIN et al., 2004)

> Essas considerações fazem com que a análise de desempenho de organizações de saúde privadas e públicas tenha suas discrepâncias, dado que a privada sofre o constante incentivo financeiro para sua melhoria de desempenho, enquanto a pública, não, dado que os ganhos da equipe médica são fixos (CUNHA, 2011).

Essa afirmativa não pode ser generalizada, principalmente no que tange ao importante diferencial dos hospitais filantrópicos de interior. Suas receitas são influenciadas pelo número e natureza dos serviços de saúde prestados. O artigo 4º, II, da lei 12.101/09 prevê que a instituição hospitalar filantrópica deverá ofertar a prestação de seus serviços ao SUS no percentual mínimo de 60%. Além do mais, segundo já realçado, as organizações individuais e hospitais filantrópicos de cidades pequenas possuem 64% das receitas recebidas oriundas do SUS, demonstrando sua dependência.

No caso do HAC, a sua situação financeira não pode ser analisada sem a segunda hipótese, a compreensão do histórico da constante interferência do poder público municipal na construção social da demanda, que fortaleceu a cultura

hospitalocêntrica em torno do Hospital Antonio Castro. A relação de ambos os fatores determina a dependência financeira do HAC dos recursos públicos, que surge pela suplementação do hospital dos serviços de saúde de responsabilidade da rede de atenção primária do município.

A instituição possui setor específico para urgência e emergência, não para atendimento ambulatorial. De 2010 à 2014, vigorou um contrato, renovado anualmente, que regulava a 'compra', por parte da municipalidade, de um número específico de consultas de urgência e emergência feitas pelo HAC, mas que, de fato, eram ambulatoriais, com o restante dos atendimentos integrando o faturamento do hospital pelo SUS. Em janeiro de 2015, sob nova gestão municipal, frente aos problemas financeiros do HAC, fora decretada intervenção municipal na instituição. Durante o período, a realização de atendimentos ambulatoriais no hospital continuou, mas sem qualquer formalização específica.

Atualmente, os atendimentos ambulatoriais realizados são faturados pelo gestor local do SUS como realizados pelo município de Cordeiro devido à intervenção. Assim, as receitas provenientes dos procedimentos realizados pelo HAC, oriundas do SUS, se confundem. A transformação da fonte de receita tornou a saúde financeira do HAC ainda mais dependente das verbas públicas, sobretudo, segundo os números do Demonstrativo de Resultado do ano de 2015, pelo fato da receita de convênios e atendimentos particulares ser de 3,8% da receita total do período.

Assim, são expostos os dados nas tabelas abaixo

Tabela 3: Quantitativo de atendimentos SUS

Atendimentos Ambulatoriais	Internações
3.327	110
2.626	90
3.366	87
2.914	84
3.448	65
3.201	68
2.973	64
3.227	68
3.271	60
3.115	61
2.993	102

3.515	75
Média	**Média**
3.165	78
Total	**Total**
37.976	934
Total geral	38.910

Os atendimentos ambulatoriais foram obtidos da produção ambulatorial do SUS por local de atendimento-Informações da Saúde TABNET/DATASUS: Fonte Ministério da Saúde - Sistema de Informações Ambulatoriais do SUS (SIA/SUS). Quanto As internções foram obtidas no s registros de AIH (SISAIH): Fonte arquivos internos Hospital Antonio Castro. O quantitativo de internações 'não SUS' não consta, pois a instituição não possui nenhum sistema de arquivamento do número de atendimentos realizados, restringindo-se ao faturamento dos mesmos.

Os serviços acima destacados, estes realizados pelo HAC, colaboraram ativamente para a suplementação dos serviços que deveriam ser prestados pela rede assistencial de saúde, na proporção disposta na Figura 1.

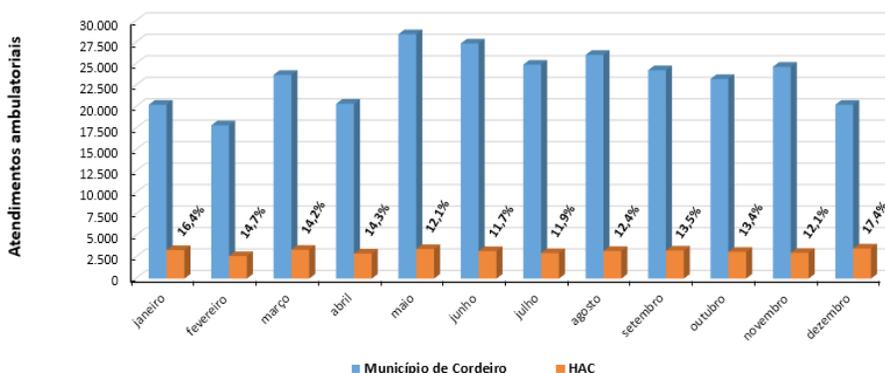



Figura 1. Número de atendimentos ambulatoriais do município de Cordeiro em azul, número de atendimentos ambulatoriais do Hospital Antonio Castro (HAC) em laranja e porcentagem atendimentos ambulatoriais do HAC em relação ao número de atendimentos ambulatoriais do município de Cordeiro (Dados de 2015) – Fonte: Ministério da Saúde - Sistema de Informações Ambulatoriais do SUS (SIA/SUS) e arquivo interno HAC.

Em média 3.165 atendimentos ambulatoriais são realizados pelo HAC, suplementando a estrutura deficitária da atenção básica no município de Cordeiro.

O argumento da ineficiência se baseia na motivação do contrato administrativo 01/2014, descrito acima, especialmente em seu projeto básico que especifica que o município de Cordeiro "não possui instalações, equipamentos, pessoal suficiente e qualificado tecnicamente, bem como organização e/ou implementar os serviços direto sob [sua] responsabilidade".

A dinâmica acima descrita demonstra como a interferência do Poder Público garantiu o fortalecimento da cultura hospitalocêntrica no município de Cordeiro. A feitura de contrato administrativo para a realização de serviços que, mesmo intitulados como urgência e emergência, eram ambulatoriais, bem como a continuidade dos mesmos após o termo final do acordo, determinaram a construção da demanda de saúde no município, esta que privilegia a prestação de serviços de saúde primária através da capacidade instalada do HAC. O fortalecimento desta cultura influencia diretamente nos serviços buscados pela população na instituição. Tal índice se relaciona com a terceira hipótese, esta abordada no próximo tópico.

Os atendimentos realizados pelo HAC, além da suplementação dos serviços de saúde, colaboraram expressivamente para a receita proveniente do SUS, esta relativa aos serviços de saúde, como se percebe nos dados abaixo

Tabela 4: Quantitativo de Faturamento de atendimentos ambulatoriais e internações SUS

	Município	HAC
	Valor Aprovado	Faturamento
janeiro	52.686,97	46.210,61
fevereiro	45.805,95	29.994,78
março	63.751,21	32.096,65
abril	53.336,28	30.176,58
maio	66.331,86	27.345,84
junho	65.467,50	32.499,66
julho	61.159,11	26.678,19
agosto	63.020,75	30.319,52
setembro	65.194,43	24.520,99
outubro	61.068,72	26.818,43
novembro	70.204,27	37.105,43
dezembro	69.160,52	30.221,17

TOTAL	737.187,57	373.987,85

'Valor Aprovado', segundo as notas técnicas do SAI/SUS, apresentadas no site do DATASUS, é "o valor aprovado para pagamento pelas Secretarias de Saúde", neste caso pelos atendimentos ambulatoriais realizados pela rede municipal somados aos realizados pelo HAC, na proporção demonstrada na Figura 1. O 'Faturamento' é o valor das internações realizadas pelo HAC e faturadas pelo SUS. Os valores de 'Faturamento' não integram o 'Valor Aprovado', sendo dispostos para fins de comparação. Fontes: Ministério da Saúde - Sistema de Informações Ambulatoriais do SUS (SIA/SUS) e arquivo interno HAC.

Com relação ao equilíbrio financeiro, atenção especial deve ser dada aos benefícios fiscais concedidos pela Certificação de Entidade Beneficente de Assistência Social em Saúde (CEBAS Saúde), pois, mesmo sendo expressivos, ainda não são suficientes. Todavia, sem os mesmos, a existência dessas casas de saúde seria inviável, como demonstrado na Tabela 5[4].

Tabela 5: Comparativo de receitas e despesas com e sem isenções e imunidades

BENEFÍCIOS FISCAIS	
Cota patronal INSS + SAT + Terceiros (1)	684.766, 27
COFINS	16.043, 97
Total	700.810,24
RECEITA E DESPESA COM BENEFÍCOS	
Total de Receitas	6. 479.992,03
Total de despesas	7. 378.234,17
Déficit do exercício	898.242,14
RECEITA E DESPESA SEM BENEFÍCIOS	
Total de Receitas	5.779.181,79
Total de despesas	7. 378.234,17
Déficit do exercício	1.599.052,38

4. Segundo Hospitais Filantrópicos no Brasil (2001), "Enquanto 79% das unidades da amostra estão em dia com o Certificado de Filantropia (certificado válido ou com o seu processo de renovação em curso legal e regular), 86% estão isentas do IRPJ e apenas 71% possuem isenção da cota patronal. Tal condição pode ser explicada pelos diferentes processos e prazos, ainda que interdependentes, entre o Certificado de Filantropia e as isenções tributárias. Já a totalidade das grandes entidades estão em condição de regularidade frente ao Certificado de Filantropia, mas 96% têm isenção do IRPJ e COFINS e apenas 88% da cota patronal. Em relação às unidades especiais, todas estão em dia com o CEBAS e usufruem isenções da maior parte dos tributos a que têm direito".

A análise foi feita a partir da Demonstrativo de Resultado do HAC, referente ao ano de 2015. (1) Encargos previdenciários que são ônus da empresa.

Assim, o comparativo apresentado na Tabela 5 mostra a necessidade imperiosa de investimentos no HAC para que o mínimo de equilíbrio financeiro dê possibilidade de manutenção da certificação e, com isso, garanta a isenção[5].

Os recursos não acompanham os reajustes salariais e investimentos necessários, gerando graves dificuldades gerenciais[6]. Em muitos dos hospitais filantrópicos de cidades de interior, não há possibilidade institucional de investimento em outras áreas da saúde, já que o serviço disponível ao SUS se aproxima da capacidade total da instituição. Mesmo assim, a receita oriunda dos atendimentos pelo SUS é fixa e reajustada anualmente a partir de valores que não cobrem os custos operacionais, sobretudo em tempos de grave crise financeira nacional.

Assim, não existe nesta relação dos hospitais filantrópicos nas cidades de interior investimento privado expressivo. Também não existem repasses públicos suficientes para cobrir os custos da demanda. Deste modo, a partir do quadro atual dificilmente se encontrará um ponto de equilíbrio financeiro, o que deve ser levado em conta na gestão administrativa. A participação do SUS nos hospitais filantrópicos de interior não é só fruto de uma determinação legal, mas sim condição *sine qua non* para a existência dessas instituições e a falta de investimento do Estado está diretamente relacionada com a deterioração e o gradativo desaparecimento do parque hospitalar filantrópico do Brasil.

3.2. O TRIÂNGULO USUÁRIOS DO SUS, COLABORADORES DO HAC E AGENTES POLÍTICOS

A terceira hipótese analisa a influência nos procedimentos institucionais e gerenciais dos hospitais filantrópicos da proximidade das relações pessoais no triangulo usuários do SUS, colaboradores do hospital e agentes do Poder Público. A ação integral em saúde tem sido associada ao tratamento de qualidade, que ressalte a dignidade humana e a respeitabilidade das relações, bem como o aco-

---

5. “Observou-se, de modo geral, que quanto maior é o porte financeiro da entidade, mais alto é o nível de isenções fiscais usufruídas, indicando uma maior capacidade para a obtenção dessas isenções” (PORTELA et al, 2001, p. 65, v.3).

6. LIMA et al (2004) comparam as características de hospitais filantrópicos comuns e os que se destacam mediante a operação de planos próprios de saúde, com vistas à viabilização de sua sustentabilidade financeira. Detectou-se que os hospitais filantrópicos comuns, sem planos de saúde próprios, possuem estruturas gerenciais menos desenvolvidas e sustentáveis do que as com maior presença de capital privado, o que ressalta a importância do investimento de capital público para suprir tal deficiência e garantir a sobrevivência dessas instituições, sobretudo em localidades de interior, onde o acesso ao direito à saúde é mais fragilizado.

lhimento entre os envolvidos no serviço de saúde. Este princípio deve nortear as forças públicas, pois o Estado tem o dever de oferecer um "atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais", como oficializou a Constituição Federal de 1988[7].

As ações de integralidade vêm para suprir as deficiências de políticas públicas anacrônicas e dispositivos legais tecnicistas, promovendo novas necessidades dos direitos humanos à saúde através do SUS, abrangendo outros aspectos da dimensão humana que concepções tradicionais de saúde são insuficientes em fazer. Neste sentido, os hospitais filantrópicos em cidades de interior possuem local de destaque que deve ser analisado. É característica destas cidades a proximidade das relações entre os que convivem no mesmo ambiente urbano e adjacências, mesmo que em caráter habitual como em atividades laborativas, estudantis e etc. Estas ligações fortes se refletem nas instituições públicas e privadas, influenciando suas dinâmicas e ações, por muitas das vezes descaracterizando regras de hierarquia e protocolos instituídos.

Este tipo de relação próxima e destituída de padrões hierárquicos pode flexibilizar o alcance de determinados recursos necessários ou afetar a capacidade dessas instituições, por meio de práticas privadas que atingem os pontos mais altos da estrutura social, jurídica e institucional. No caso do município de Cordeiro e do HAC, a diminuição do distanciamento se dá no triangulo usuários do SUS, colaboradores das instituições e agentes do Poder Público.

Os dados coletados mostram como a proximidade modifica à nível institucional o funcionamento do HAC. Os procedimentos e como protocolos são modificados de acordo com a construção social da demanda, esta definida e estimulada pelo executivo municipal, fortalecendo a cultura hospitalocêntrica.

> ***[...] esse triângulo eu acho que é péssimo, porque, sem ter o terceiro [agentes do Poder Público] já está difícil, porque os pacientes já estão chegando na unidade com sete pedras na mão e querem que a gente resolva procedimentos que não competem ao hospital [...] Na verdade, isso aqui é um pronto socorro, onde, na verdade, a gente atende ambulatório, atende de tudo, porque hoje as unidade básicas não estão funcionando***

7. PenseSUS. Integralidade. Disponível em <http://pensesus.fiocruz.br/integralidade>.

> ***Esses ambulatórios que são feitos que são feitos aqui no Pronto Atendimento incluem a troca de receita. Já não é mais o atendimento para averiguar se o paciente vai precisar mais ou não com aquela medicação. Como os pacientes não estão tendo isso na rede pública, eles estão vindo para o Pronto Socorro, o que não é o ideal, porque aqui é um atendimento de urgência, de fase agora, não desses problemas mais crônicos***

A interferência de agentes do Poder Público, como vereadores, secretários, prefeito, dentre outros, apresentam pontos negativos e positivos à promoção do direito humano à saúde no município:

> ***Política só ajuda quando eu preciso de uma transferência e que eu não consiga de imediato. Crianças eu consigo de imediato, mas pacientes com oitenta e poucos anos, setenta, sessenta e poucos anos eu já não consigo[...] E política atrapalha muito o hospital [...] na hora de um paciente internado, o paciente está aqui passando mal, eles querem dar carteirada***

As particularidades também ocorrem no relacionamento entre os próprios colaboradores, como no caso de pacientes já tratados por médicos conhecidos na instituição:

> ***Médico tem QI. 'Fulano de tal é meu paciente' ou 'fulano de tal é meu conhecido'- não é atendido igual aos outros, não adianta. Eu vejo muito isso e atrapalha muito, tá?***

Níveis gerenciais específicos dos setores também são afetados pela proximidade, como é o caso da Farmácia do HAC que criou um 'grupo de Whatsapp' para coordenar trocas de medicamentos e insumos em geral entre as farmácias hospitalares da região. O critério de troca não é baseado no valor do produto, mas sim em sua necessidade, demonstrando que a agir pragmático suplanta as deficiências de implementação de modelos legais:

> ***A lógica seria a gente trocar por valores [equivalentes dos produtos] mas, na prática não é assim que acontece. Pela necessidade, a gente acaba pedindo e aceitando o que rola de troca.***

4. CONCLUSÃO

A presente pesquisa conclui que os hospitais filantrópicos em cidades de interior possuem variáveis particulares, que influenciam nos aspectos de gestão e práticas de integralidade. Neste sentido, o Hospital Antonio Castro, situado no município de Cordeiro, torna-se representativo de outras instituições filantrópicas de saúde na mesma situação.

Os dados levantados na pesquisa de campo, que compuseram o artigo, indicam três hipóteses básicas que caracterizam os elementos influentes. 1) a situação financeira do HAC e o grau de dependência dos recursos públicos; 2) a construção social da demanda nestas localidades, com ênfase no modelo hospitalocêntrico e 3) a proximidade dos relacionamentos pessoais no triangulo usuários das instituições, colaboradores das instituições e agentes do Poder Público

O grau de especialidade da relação do município de Cordeiro com o Hospital Antonio Castro mostra a necessidade da realização de estudos para a atualização das pesquisas que envolvam o tema e compreensão desta situação, impedindo a degradação deste setor essencial à saúde coletiva, sobretudo no interior do país, colaborando para o desenvolvimento de estratégias políticas, de planejamento e administração em saúde adequadas ao setor.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

________**Lei 12.101** de 27 de Novembro de 2009. Dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social; regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12101.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

PORTELA, M. C. et al. **Os Hospitais Filantrópicos no Brasil**. Pedro Ribeiro Barbosa (org). Rio de Janeiro: BNDES, 2002. 3v.

CUNHA, J. A. C da. **Avaliação de desempenho e eficiência em organizações de saúde:** um estudo em hospitais filantrópicos. São Paulo, 2011. 237 f. Tese (Doutorado em Administração) – Faculdade de economia, administração e

contabilidade, departamento de administração, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

INSTITUITO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas da Saúde**: Assistência médico-sanitária. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

LIMA, S. M. L.; PORTELA, M. C.; UGÁ, M. A. D.; BARBOSA, P. R.; GERSCHMAN, S.; VASCONCELLOS, M. M. Hospitais Filantrópicos e a Operação de Planos de Saúde Próprios no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, v. 41, n. 1, pp. 116-123, 2007.

EPSTEIN, A. M.; LEE, T. H.; HAMEL, M. B. Paying Physicians for High-Quality Care. **New England Journal of Medicine**, v. 350, pp. 406-410, 2004.

MERHY E.E., MALTA D.C., SANTOS F.P. Desafios para os gestores do SUS, hoje: compreender os modelos de assistência à saúde no âmbito da reforma sanitária brasileira e a potência transformadora da gestão. In: Freese E, organizador. **Municípios**: a gestão da mudança em saúde. Recife: UFPE; 2004. p. 45-76.

PAES, J. E. **Fundações e Entidades de Interesse Social:** aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. 3.ª edição, Brasília : Brasília Jurídica, 2001.

SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO COMO MEIO PARA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE.

Francisca Regiane de Souza[8], Luziberto Lucas de Queiroga Lira[9] e Allison Haley dos Santos [10]

1.INTRODUÇÃO

Um dos grandes desafios do Estado Brasileiro, nos dias atuais, seguramente é a garantia dos direitos sociais, em especial, a saúde. Primeiramente, a concepção de saúde estava unicamente relacionada à cura filantrópica, que era realizada por meio de curandeiros e africanos. Adiante, a saúde passa a ser relacionada à filantropia, e, por fim a medicina, porém, de imediato, apenas para os trabalhadores assalariados que contribuíam juntamente com seus respectivos empregadores para o seguro social, assim a saúde era um misto entre público e privado.

Com a Conferência Mundial de 1986 foi criado o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde, que ampliou o acesso à saúde. Todavia, esse sistema ainda não era unicamente público de saúde. No Brasil, com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196, a saúde é evidenciada e disposta como direito de todos, devendo ser pública, integral e universal. Para tanto, o Estado precisa de políticas públicas que efetivem o acesso à saúde preventiva e curativa.

Nesse sentido, foi aprovado projeto que se transformou na Lei nº 8.080/90, que regulamenta e disciplina o Sistema Único de Saúde, elencando mecanismos para a efetivação do direito à saúde.

Destarte, o Sistema Único de Saúde é reconhecido como um dos maiores programas de saúde pública do mundo. Segundo vários estudiosos o SUS possui

---

8. Bacharel em Direito pelo Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Paraíba - Brasil. E-mail: enaigerlive@gmail.com

9. Graduando em Tecnólogo em Agroecologia pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Paraíba (IFPB) - Brasil. E-mail: lucasqueirogga@gmail.com

10. Advogado especialista em Gestão Tributária, Professor pelo Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Paraíba - Brasil. E-mail: allisonahs7@gmail.com

uma legislação programática e moderna, mas como todo instrumento de garantia de direitos, ainda necessita de novos meios para superação de desafios que vão além da prevenção com vacinas até a disponibilização de medicação e tratamentos especiais não ofertados no território nacional.

A partir de fontes históricas bibliográficas, constata-se uma série de avanços no direito à saúde no Brasil, porém, devido ao aumento exponencial da demanda e de recursos financeiros insuficientes e/ou não executados verifica-se um elevado número de ações judiciais com o propósito de cura ou prevenção, movidas contra o Município, Estado e/ou a União, de forma unitária ou em litisconsórcio (ante a solidariedade reconhecida).

Deste modo, surge a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas do Executivo, determinando, em alguns casos, que este seja obrigado a custear o tratamento que o usuário necessita para sobreviver.

Assim, o presente estudo tem como objetivo analisar a evolução do acesso à saúde pública no Brasil, apontando os avanços e os retrocessos, buscando evidenciar a judicialização como meio alternativo para efetivação do direito à saúde.

A pesquisa adotou na fase de abordagem o método dedutivo, partindo de uma constatação geral, a de que o direito à saúde é um direito social tipificado na Constituição Federal de 1988 para uma premissa menor, qual seja a possibilidade do acesso à saúde pública e para todos. No procedimento utilizou-se do método histórico-evolutivo, pois a partir de uma ordem cronológica busca-se avaliar a evolução histórica do acesso à saúde, pontuando os avanços significativos e os retrocessos até chegar a judicialização.

A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica, realizada através de consultas a legislação, doutrina e jurisprudência, leitura de artigos científicos, impressos ou em meio digital, que se mostraram aptos ao alcance dos objetivos.

Observou-se que direito à saúde sofreu uma evolução histórica importante na consolidação dos direitos humanos, porém devido às dificuldades na efetivação de políticas públicas de saúde, ao investimento insuficiente aos serviços prestados, à falta de medicamentos, enfim, aos desafios do SUS e aos retrocessos observados, a judicialização se mostrou uma alternativa para efetividade de um direito reprimido.

2. EVOLUÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE COMO DIREITO GARANTIDO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Leciona o constitucionalista português Canotilho (1991, p.80), que a "compreensão de uma lei constitucional só ganha sentido útil teorético e prático quando referida a uma situação constitucional concreta, historicamente existente num determinado país. " Neste sentido, uma constituição ganha sua real conotação quando garante em seu 'coração constitucional' um direito real da população. Assim, para que o direito à saúde fosse inserido na Constituição Federal de 1988 como um direito de todos e dever do Estado passou por um difícil processo de evolução histórica.

No Brasil Colônia (1500- 1889) a saúde para a população em geral era voltada para a cura filantrópica realizada por curandeiros, padres, índios e africanos. No Período Republicano (1890-1930), surgiram as primeiras campanhas de saúde, criadas por Oswaldo Cruz, que se destinavam ao controle de epidemias. Registra-se o nascimento da Política de Saúde Pública Brasileira. Em 1923, com a promulgação da Lei 4.682 de 24 de janeiro, de autoria do deputado Eloy Chaves, pelo presidente Arthur Bernardes, foi consagrado o Sistema de Caixas de Aposentadorias e Pensão (CAPs) que a princípio atendeu apenas aos trabalhadores ferroviários e posteriormente aos marítimos e estivadores. (GAMA E GOUVEIA, 2012, p. 05- 06):

No final do Período Republicano, mais especificamente no ano de 1943, Brás Cubas fundou a Santa Casa de Misericórdia de Santos e na mesma época, criou o plano de pensão dos empregados, o que se abrangeu também as Santas Casas de Misericórdia do Rio de Janeiro e Salvador, com as Ordens Terceiras e, outras que sustentavam hospitais, asilos, orfanatos e casas de amparo a seus associados e aos abandonados (SINDESP/SP, 2016).

Observa-se que na Era Vargas (1931-1945), a saúde pública brasileira possuía a ideia de favor decorrente de vínculo empregatício. E para aqueles que não eram trabalhadores assalariados, pouco restava de direito à saúde, sendo a alternativa mais viável as famosas Santas Casas ((SAÚDE EM DEBATE, 2010).

Para atender aos anseios constitucionais de uma saúde para todos, foi criado o Sistema Único de Saúde de forma gradual, primeiramente, com o SUDs em 1978; depois o INAMPS em 1990 e por fim o SUS com o Decreto Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990, também denominado de Lei Orgânica da Saúde. Em 28 de dezembro de 1990 foi criada a Lei 8.142 que complementou a Lei 8.080/90 e regulamentou oficialmente o controle do SUS e a normatização dos repasses entre os governos Federal, Estadual, Municipal e Distrital (GAMA e GOVEIA, 2012, p.12-13).

Com a implantação do SUS, a saúde deixa de ser apenas para uma parcela da população assalariada ou com relevante poder aquisitivo, passando a atender

de forma universal e integral todo cidadão brasileiro nato ou naturalizado, sem distinções de cor, raça, sexo, empregado ou não.

2.1 DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: CURA E PREVENÇÃO

Inquestionavelmente, a saúde é um bem essencial à vida. Conceitua-la é uma tarefa difícil devido a sua abrangência, mas é possível afirmar que é individual, social, se efetiva por meio de políticas públicas e também propicia o direito a participação social institucionalizada.

A priori, entende-se que a saúde é um bem que como a maioria das coisas da vida humana, varia sua definição consoante o dado momento histórico, cultural e ideológico que vive a sociedade.

Houve um tempo em que a saúde estava acoplada ao meio ambiente e as condições de vida do homem, em outro momento se relacionava unicamente a ausência de doenças (ROCHA, 1999).

Adiante, a saúde conota-se com a ideia de coletividade de saúde pública não mais individual que encontra respaldo nos direitos sociais que não mais vigia apenas a cura das doenças, mas sim, meios preventivos para a plenitude da vida sem as mazelas das doenças causadoras do mal-estar nas pessoas.

Neste sentido, assinala Morais (1996, p. 188):

> A saúde não se restringe mais à busca individual e passa a ter uma afeição coletiva na medida em que a saúde pública passa a ser apropriada pelas coletividades, como direito social, como direito coletivo, bem como se alarga o seu conteúdo. Tem-se a prevenção da doença.

Sem a pretensão de restringir o conceito, apodera-se da ideia de que a saúde é um complexo em sua definição e por isso, deve-se pensá-la como em constante transformação e como pressuposto para propiciar a sociedade formas de efetivá-la a partir de uma concepção preventiva de moléstias e curativa quando não mais consegue prevenir.

A Organização Mundial de Saúde (OMS- 1946) define a saúde como "um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades". (SEGRE, 1997, p. 1).

É preciso também enfatizar o contexto social, econômico e político que o cidadão está inserido, com o propósito de mensurar a qualidade de vida. Sobre o processo de enfrentamento dos problemas de saúde, Buss (2000, p. 165) afirma:

> Partindo de uma concepção ampla do processo de saúde–doença e de seus determinantes a promoção da saúde propõe a articulação de saberes técnicos e populares e a mobilização de recursos institucionais e comunitários, públicos e privados para seu enfrentamento e resolução.

A CRFB/88 garante a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde. A sociedade civil reivindica estes direitos e o Estado tem obrigação de efetiva-los.

A promoção de saúde no Brasil, não está mais associada somente à cura, mas também a prevenção. Esta promoção parte de uma política de saúde que prima pela segurança da população, por meio de métodos de prevenção como, por exemplo, as campanhas de vacinação que foi bastante difundida antes da entrado do SUS em vigor, mas principalmente por meio de programas assistenciais de promoção de saúde, cite-se: o Programa de Saúde da Família, no qual, a comunidade tem acompanhamento de médico, dentista, enfermeiro, etc. diariamente.

As ações preventivas, a seu turno, deliberam como intervenções com o objetivo de evitar o surgimento de doenças específicas, reduzindo sua incidência e prevalência nas populações. Por tanto, baseiam-se no conhecimento epidemiológico de doenças e de outros agravos específicos (CZERESNIA, 2003).

A promoção de saúde e a prevenção de doenças, certamente, ainda é a melhor forma de evitar as doenças e lançar o bem-estar dos sujeitos que participam ativamente da construção preventiva de saúde e/ou de seu próprio processo de tratamento da cura, o que tem reduzido os índices de doenças e proporcionado uma vida com qualidade.

2.2. LEGISLAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

Além da CRFB/88 que em seu bojo constitucional garantiu o direito a saúde para todos, compõe a Legislação da Saúde no Brasil, Lei Federal nº 8.080/90 – Lei Orgânica da Saúde que disciplina as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços de saúde 8.142/90 que consagra e regulamenta a participação formal com Conselhos e Conferências de Saúde; Lei nº 9. 656/98 legisla sobre o sistema de saúde privado, os

famosos planos de saúde; Lei nº 9.961/00 que regulamenta a Agência Nacional de Saúde; Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, que altera a Lei nº 8.080/90, no que se refere a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde; além de Portarias do Ministério da Saúde.

A Constituição Federal de 1988, nos seus artigos 196 a 200 dispõe sobre os principais temas da saúde universal e integral. A saúde como direito social de todos e obrigação de efetivo serviço em sua prestação encontra-se respaldado no artigo 196 da CRFB/88:

> A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômica que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Observa-se a abrangência do dispositivo mencionado, o que gera muitos debates em matéria de política de saúde. Evidencia-se o Princípio da Universalidade e a amplitude dos serviços que deve prover a prevenção, proteção, promoção e recuperação da saúde. Em decorrência desta premissa, busca os Poderes Públicos uma nova ordem social com a finalidade de propiciar o bem-estar dos cidadãos e a justiça social.

2.2.1 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

O Sistema Único de Saúde se apresenta como uma das maiores conquistas sociais de todos os tempos para a nação brasileira, pois, conforme demonstrado, é fruto de um arcabouço protetivo dos direitos da pessoa humana.

O sistema público universal de saúde no Brasil ainda tem no acesso um desafio. É importante sublinhar o termo ‘público’. Pois, a experiência internacional revela que nos países signatários deste sistema, há menor índice de desigualdade de acesso e utilização de serviços entre diferentes grupos sociais (SAÚDE EM DEBATE, 2010).

No que tange ao financiamento, o SUS, dar-se-á por meio de impostos gerais, contribuições sociais (impostos para programas sociais específicos), desembolso direto e gastos dos empregadores com saúde.

Têm-se como fontes as receitas estatais e de contribuições sociais dos orçamentos federal, estadual e municipal. As demais fontes de financiamento são privadas (PAIN et.al).

Uma das principais características do SUS é a descentralização entre os poderes, vez que, a saúde é de competência das três esferas de poder, mas os recursos são centralizados na União (ASENSI, 2014). Também há a descentralização dos serviços para melhor atender as comunidades através de uma organização e estruturação dos serviços regionais.

A legislação sanitária em vigor motiva uma ação conjunta do setor saúde com outros setores, com o objetivo de reduzir o quadro de morbimortalidade, e consequentemente colabora para que as ações em saúde surta efetividade (OLIVEIRA, 2004).

Os investimentos aplicados na saúde são uma junção da coparticipação entre o Governo Federal, Estadual e Municipal. Os recursos federais para o SUS é proveniente da Seguridade Social e de outros recursos da União, constantes da Lei de Diretrizes Orçamentárias, aprovada anualmente pelo Congresso Nacional.

O Ministério da Saúde é o responsável pelo gerenciamento destes recursos, dividindo-os em duas categorias: a primeira, para o investimento e custeio das ações federais; e a outra é repassada às secretarias de saúde, estaduais e municipais, obedecendo aos critérios estabelecidos em função da população, necessidades de saúde e rede assistencial (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO- BRASIL, 2016).

Quanto aos Estados, há uma soma de recursos, entre aqueles repassados pelo Ministério da Saúde e os advindos do próprio orçamento, das receitas estaduais, sendo geridos pela secretaria de saúde do estado, através de um fundo estadual de saúde que também repassa uma quota parte aos municípios.

Por último, cabe ao próprio Município, a destinação adequada de seu próprio orçamento para as ações e serviços de saúde de sua população. É de responsabilidade dos municípios a administração dos recursos para a saúde através de um fundo municipal de saúde.

3 DA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE: DESAFIOS E JUDICIALIZAÇÃO

Pensar em efetividade do direito a saúde é rememorar os desafios que a esta incorpora. A CRFB/88 garante a eficácia imediata dos direitos fundamentais, entre eles a saúde, todavia, devido a limitação dos recursos financeiros, o Executivo não consegue concretizar essa premissa. Assim, com a ânsia da efetivação desse direito, o usuário demanda no Poder Judiciário Brasileiro.

Os desafios para a efetividade da saúde são inúmeros, sendo assim, o rol abaixo elencado é apenas exemplificativo, não havendo pretensão de exaurimento de sua demanda neste trabalho.

3.1 A INEXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA DOS RECURSOS DA UNIÃO POR ESTADOS E MUNICÍPIOS

Partindo-se da premissa de que o Estado brasileiro adota a forma federativa, consoante art. 60º §4º, I da CRFB/88, todos os Entes- União, Distrito Federal, Estados e Municípios, respondem de maneira solidária para a efetivação da saúde.

O planejamento em políticas públicas é fundamental para que se alcance os resultados almejados. É necessário que os Estados apontem suas prioridades para a destinação dos recursos públicos.

Como bem enfatiza Rocha (2010, p.310):

> Os recursos para atendimento às demandas são naturalmente coerentes por uma utilização planejada de sorte a propiciar que a maior quantidade possível de pessoas possa usufruir de um direito consagrado como de todos.

Cabe aos Estados, Munícipios e Distrito Federal executar de forma coesa as receitas repassadas pela União para a Saúde. É lastimável que muitos brasileiros morrem na fila do SUS a espera de um atendimento que não foi possível devido à falta de compromissos desses Entes que não destinam essa receita adequadamente.

Para Nakamura (2015, p.321):

> Ao avaliar o SIOPS (Sistema Integrado de Orçamento Público em Saúde) é possível visualizar que existe uma grande parcela de recurso Federal que é transferido para os demais entes federados e que não é executado.

Como meio de tornar efetiva a aplicação dos recursos destinados à saúde pela União, foi instituído a Lei Complementar nº 141 de 2012, que estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com a saúde.

É sabido que apesar da Lei Complementar 141 de 2012 exigir a fiscalização dos repasses financeiros para a saúde, muitos Estados e municípios se negam a fazer as referidas prestações de contas.

Como aconteceu no Estado do Amazonas, em 2015, onde 17 municípios tiveram seus recursos destinados pelo Ministério da Saúde bloqueados, por não

estarem regulares quanto às informações da produção de vigilância sanitária dos meses de fevereiro a junho de 2015.

3.2 A GRANDE DEMANDA POR SAÚDE PÚBLICA

Atualmente, a sociedade brasileira passa por uma significativa crise financeira que afeta todos os ramos de mercado, inclusive a administração pública. Deste modo, os gestores têm a missão de gerir os recursos a partir de cortes de gastos, mas sem inviabilizar o atendimento ao público.

Um dos maiores desafios para a efetividade da saúde é justamente o aumento da demanda populacional e os cortes com gastos públicos devido ao enfraquecimento do mercado financeiro que afeta diretamente a administração pública.

Deste modo, a distribuição dos recursos são sempre decisões complexas, pois envolve um direito à vida. Os médicos quando vão realizar uma cirurgia têm vários meios para procedê-la e assim deverá fazer uma escolha fundada na qualidade – preço disponível naquele momento.

Neste sentido, para se conseguir efetivar os direitos inerentes à saúde, não basta apenas requerer incrementos permanentes na oferta, se faz necessário também propiciar maior acesso aos serviços ao usuário.

Quando há aumento da população que precisa do acesso à saúde pública e com a inflação em alta, aumenta os gastos diminui o orçamento e a consequência certamente é na efetividade da saúde.

3.3. DA RESERVA DO POSSÍVEL

O princípio da Reserva do Possível, em linhas gerais, é a proporcionalidade dos recursos financeiros frente à efetivação de alguns direitos sociais, como visto. É um misto entre a prestação do Estado e os recursos disponíveis.

A Jurisprudência Pátria, quando da arguição pelo Poder Executivo do Princípio da Reserva do Possível em matéria de direito à saúde tem-tomado decisões no sentido de que a saúde é um direito social, fundamental à vida, assim, a simples invocação do Executivo em não promover a saúde do cidadão por falta de recursos financeiros não pode suplantar esse direito precedente.

Entendem os Tribunais que o princípio da Reserva do Possível é de cunho econômico e por isso é de menor importância em comparação ao Princípio do Mínimo Existencial, que é corolário da Dignidade da Pessoa Humana. Neste sentido é mister invocar a decisão do Tribunal de Justiça.

A tese da reserva do possível reverberava com bastante facilidade entre a jurisprudência pátria, anteriormente, onde se negava as pretensões nestas ações de medicamentos. Todavia, ocorreu, ultimamente, uma mudança de entendimento que tende a condenar o Estado nestas demandas, impondo-se, judicialmente, a obrigação de efetivação do direito à saúde.

3.3 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A expressão Judicialização do Direito à Saúde não é privilégio brasileiro. Seu estudo é difundido no mundo apesar de ter sua consolidação enquanto perspectiva teórica e analítica, sobretudo a partir da década de 90 no Brasil. A possibilidade de influenciar a efetivação de direitos e a implementação de políticas públicas e os estudos sistemáticos sobre a Judicialização remontam ao início do século XX.

No Brasil, tais estudos receberam ampla difusão a partir das pesquisas de Werneck Vianna et al. (1999), que buscaram, por meio de uma análise empírica, pensar as implicações deste processo no cenário de efetivação de direitos e implementação de políticas pública (ASENSI, 2010, p.80).

Muito se tem questionado a respeito da interferência do Judiciário no Executivo em matéria de saúde e advogam pelo princípio da Separação dos Poderes em que o judiciário não poderia intervir nas decisões do executivo, todavia, não se trata de uma separação absoluta, pois, neste sentido, predomina a ideia de colaboração entre os poderes em prol da garantia dos direitos mencionados. Entende-se que é uma invasão essencial, pois se trata de um direito ao bem maior, a vida.

Neste sentido entende-se que quando o Judiciário determina uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento.

A Judicialização comporta um leque das mais diversas demandas do direito à saúde, destaca em maior número as relacionadas a diversos serviços públicos e privados, tais como: o fornecimento de medicamentos, a disponibilização de exames e a cobertura de tratamentos para doenças (ASENSI e PINHEIRO, 2015).

A cada dia mais se intensifica as ações judiciais que requerem esses direitos. Como resultado, aumenta o protagonismo do judiciário na efetivação da saúde, marcando presença cotidiana na gestão em saúde. Seja em uma pequena comarca ou no plenário do STF, cada vez mais o Judiciário tem sido chamado a decidir sobre demandas de saúde.

É fato que os Tribunais decidem em prol dos direitos e garantias constitucionais, isso se intensifica quando, em análise, o direito à saúde. O magistrado em matéria de saúde deve julgar objetivando analisar as peculiaridades sociológicas, filosóficas, geográficas e econômicas para assim garantir um direito igualitário à saúde.

Em virtude de saúde pública como direito de todos tem-se a responsabilidade solidária entre os Estados, Municípios e União, pois assim, proporciona maior chance de efetividade da norma, vez que o litigante pode demandar contra qualquer dos entes solidários, como comprova o entendimento do STJ:

> INTERPRETAÇÃO DO STF – ART. 196 Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. (STA 175 AgR, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL- 02399-01 PP-00070).

Neste ponto não há divergências entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Estas Cortes concordam que a saúde é essencial à vida e que o Estado deve concretizar esse direito com base no artigo 196 CRFB/88, por isso a competência é concorrente e a responsabilidade solidária dos entes federativos.

Decisão neste sentido pode ser extraída do Informativo nº 579 do STF:

> INTERPRETAÇÃO DO STF – ART. 196 A Súmula Vinculante 4 propõe tornar vinculante o entendimento jurisprudencial a respeito da responsabilidade solidária dos entes da Federação no atendimento das ações de saúde. Ressaltou-se que, apesar da responsabilidade dos entes da Federação em matéria de direito à saúde suscitar questões delicadas, a decisão impugnada pelo pedido de suspensão, ao determinar a responsabilidade da União no fornecimento do tratamento pretendido, estaria seguindo as

> normas constitucionais que fixaram a competência comum (CF, art. 23, II), a Lei federal 8.080/90 (art. 7º, XI) e a jurisprudência do Supremo. Concluiu-se, assim, que a determinação para que a União pagasse as despesas do tratamento não configuraria grave lesão à ordem pública.

A atual situação do país é muito delicada quanto a Judicialização, há uma nítida tensão entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Ao pensar em Mínimo Existencial são as prestações materiais absolutamente necessárias para que o cidadão tenha condições dignas de vida. Logo a doutrina o concebe como núcleo do princípio da Dignidade da pessoa Humana estabelecido no artigo 1º, III da CRFB/88.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da abordagem realizada, observou-se que a saúde no Brasil ganhou caráter público com a Constituição de 1988, prescrevendo-a como direito subjetivo de todas as pessoas que estão no território nacional. A saúde deixa de ser tratada apenas e exclusivamente como meio de cura e passa a ser vista como um conjunto de ações de prevenção.

Neste contexto de evolução, é inegável que o Sistema Único de Saúde foi uma das maiores conquistas no âmbito dos direitos sociais constitucionalmente tutelados. Porém, sua efetividade ainda é bastante discutida, pois há uma demanda reprimida que não consegue acesso aos serviços de saúde mais elementares e precisam recorrer à justiça.

Diante dos retrocessos e das dificuldades de implementação universal e consistente do SUS em todo o território nacional, diversos usuários buscam a tutela jurisdicional do Estado como alternativa para ser atendido, seja para realização de um tratamento, ou para aquisição de medicamentos não ofertados na rede pública de saúde.

O aumento dos processos judiciais de casos em que houve a negativa na prestação do serviço e/ou de acesso ao tratamento ou medicamento através da rede de saúde pública evidencia que o sistema ainda é frágil e que há necessidade de uma reformulação nos pontos que ainda representam um retrocesso ou obstáculo na implementação plena.

Em que pese se observar que a judicialização representa certo retrocesso, a demonstrar a omissão do Estado, essa alternativa pode representar um meio

para efetivação do direito à saúde, desde que a tutela jurisdicional não extrapole os limites da razoabilidade e proporcionalidade, observadas as vicissitudes de cada caso concreto.

Por fim, verificou-se que não obstante os inegáveis avanços implementados com o SUS, o modelo brasileiro ainda necessita de modificações que acarretam uma maior e melhor oferta dos serviços, reduzindo a excessiva judicialização dos pleitos dos usuários, originadas de demandas negadas, que podem ser supridas por meio da intervenção do Estado-Juiz, que deve fazer prevalecer o direito fundamental à saúde.

REFERÊNCIAS

ASENSI, Felipe Dutra. **Indo Além da Judicialização: o Ministério Público e a Saúde no Brasil.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2010.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. 5 de outubro de 1988, Brasília.

_____, Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 579.

______, Supremo Tribunal de Justiça (STA 175 AgR, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL- 02399-01 PP-00070).

_____, Lei Complementar nº 141 de 2012, que estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com a saúde.

BUSS, P.M. **Promoção da Saúde e Saúde Pública**. Rio de Janeiro: ENSP, 1998. 178 p. (Mimeo)

___________. **Uma introdução ao conceito de promoção da saúde**. In: CZERESNIA, D.; FREITAS, C. M. (Org.). Promoção da saúde: conceitos, reflexões, tendências. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2003. p. 15-38.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes**. Direito constitucional**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência.** Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf. Acesso em: 09.10.2016.

CZERESNIA, D. **O conceito de saúde e a diferença entre prevenção e promoção**. In: CZERESNIA, D.; FREITAS, C. M. (Org.). Promoção da saúde: conceitos, reflexões, tendências. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2003.

GAMA, Alessandra. S. da e GOUVEIA, Luciana**. SUS esquematizado:** Teoria e Questões. 3. ed. São Paulo: Editora Ferreira, 2012.

JORNAL, Amazonas Atual**. Ministério da Saúde suspende repasses a 17 municípios do AM**. Disponível em: < http://amazonasatual.com.br/ministerio-da-saude-suspende-repasses-a-17-municipios-do-am/>. Acesso em: 20 de Maio de 2016.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

OLIVEIRA, Aristeu. **Seguridade e previdência social.** Rio de Janeiro: Atlas, 2003.

PRATA, P. R. **Desenvolvimento econômico, desigualdade e saúde**. Cad. Saúde Pública, v.10, n.3.

PAIN, Jairnilson, et. Al. **O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios.** Revista Eletrônica The Lancet. 9 de maio de 2011 (Saúde no Brasil, 1); (DOI:10.1016/S0140-6736(11)60054-8. Disponível em: http://www.ammabarbacena.com.br/files/2e9d93b8abf8ae74b148b4f04fdb3701.pdf. Acesso em: 02 mai. 2016.

ROCHA, Julio César de Sá da. **Direito da saúde:** Direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. 2. ed. São Paulo: LTR Editora, 1999

SABER DIREITO. **Palestra com Filipe Aseni sobre Mínimo Existencial e saúde no Brasil.** Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=OEMlbnlEl9U > .
Acesso em: 10 abr. 2016.

SINDESP/SP. **Sindicato dos Servidores Municipais de Saúde de São Paulo.** Disponível em: http://sindesp-sp.org.br. Acesso em: 10 abr. 2016.

SEGRE, M.; FERRAZ, F. C**. O conceito de saúde**. Rev. Saúde Pública [online]. 1997, vol.31, n.5, pp. 538-542. ISSN 0034-8910.

O DIREITO À SAÚDE: UM ESTUDO SOBRE A APLICABILIDADE DAS NORMAS SOCIAIS DE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS.

Hugo Rogério Grokskreutz [11]

1. Os direitos fundamentais e humanos e suas gerações/dimensões.

Uma das ramificações da grande área das Ciências Sociais Aplicadas é o Direito, que pode ser enxergado de vários ângulos e analisado em múltiplos aspectos, Conforme Montoro:

> a) O direito pode ser considerado como norma, como faculdade, como justo, como ciência ou como fato social; b) essas diferentes perspectivas revelam o caráter analógico de conceito de direito. c) muitos autores modernos (Planiol, Kelson) utilizam, de preferência, o vocábulo "direito" para indicar o direito-norma; d) outros preferem ver no direito, em primeiro lugar, o direito faculdade (Cóssio), o direito-fato social (Lévy-Bruhl) e) a doutrina clássica e muitos juristas contemporâneos (Villey, Engisch) consideram que o direito-justo (o que é devido a uma pessoa ou instituição) é o significado fundamental do direito; nesse sentido, direito é, fundamentalmente, o "devido por justiça". Essas diferenças de posição não são contraditórias. Representam pontos de vista sobre aspectos diferentes do mesmo objeto (MONTORO, 2000, p. 52-53).

"O direito, independentemente de ser um conjunto de significações normativas, é também um conjunto de fenômenos que se dá na vida social" (HERKE-

11. Professor da Faculdade La Salle de Lucas do Rio Verde – MT, bacharel em Direito pela Faculdade Integrado de Campo Mourão, Pós-graduado em Ciências Penais e Pós-Graduado em Direito Constitucional ambas pela Universidade Anhanguera Uniderp, advogado, e-mail: hugorogerio.advogado@gmail.com.

NHOFF, 2010, p. 89), deve ser "visto como uma estrutura do sistema social, uma generalização congruente de expectativas comportamentais normativas que orienta os homens nas suas inter-relações e neutraliza a contingência das ações humanas" (ASSIS, KÜMPEL, ASSIS, 2010, p. 253), por conta destas inter-relações é que "como fato social e histórico, o Direito se apresenta sob múltiplas formas, em função de múltiplos campos de interesse, o que se reflete em distintas e renovadas estruturas normativas" (REALE, 2002, p. 03).

E uma destas estruturas normativas foi construída por vários Estados soberanos em meio ao Direito Internacional e é denominada de Tratados. Estes, possuem definição na Convenção de Viena de 1969 (no Brasil Decreto n°. 7.030/2009) que em seu art. 2°, item 1, alínea 'a' aduziu que "tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica", para Mazzuoli:

> Tratado é expressão genérica, variando as denominações utilizadas conforme a sua forma, seu conteúdo, o seu objeto ou seu fim. O que importa saber para a configuração da existência de um tratado, assim, é se estão preenchidos os seus requisitos ou elementos essenciais, acima estudados, e não esta ou aquela a denominação que se lhe atribuiu (2011, p. 49).

Destes tratados é que os direitos humanos passaram a ser formalmente protegidos por meio da fixação de obrigações positivas e negativas impostas a estes mesmos Estados signatários dos atinentes tratados, visto que estes direitos já eram universalmente existentes mesmo antes de qualquer figura normativa.

No caso do Brasil a própria Carta Magna permite a inclusão dos tratados internacionais de direitos humanos como sendo normas materialmente constitucionais (§ 2° de seu art. 5°):

> Com base nesse dispositivo, que segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo, sempre defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior. E a nossa interpretação sempre foi a seguinte: se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados "não excluem" outros pro-

> venientes dos tratados internacionais "em que a República Federativa do Brasil seja parte", é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil "se incluam" no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem (MAZZUOLI, 2009, p. 22).

Em outras palavras:

> O referido preceito consagra à cláusula de abertura dos direitos fundamentais, que permite a permanente e rápida atualização da ordem constitucional e, nesse sentido, abre espaço para que os tratados de direitos humanos contribuam para a ampliação do rol de direitos e garantias constitucionalmente protegidos (PORTELA, 2011, p. 140).

Desta forma é possível afirmar que os direitos humanos possuem um caráter universal e são frutos de tratados internacionais, enquanto que os direitos fundamentais são aqueles previstos no plano interno e na Constituição de cada Estado soberano, ou seja:

> As expressões "direitos humanos", "direitos do homem", "direitos fundamentais" são utilizadas como sinônimas, mas é possível distingui-las segundo sua origem. Quando se fala em "direitos do homem", significam eles aqueles válidos para todos os povos, em todos os tempos; já a expressão "direitos fundamentais" se refere aos jurídico-constitucionamente garantidos e limitados no tempo e no espaço. Se os direitos humanos decorrem da própria natureza do homem, e daí seu caráter inviolável e universal, os fundamentais são os objetivamente previstos, em uma determinada ordem jurídica concreta. (FERRARI, 2010, p. 528-529).

Tendo em vista que a diferença entre os direitos fundamentais e humanos são basicamente as suas fontes ou origens, mas que, em sua essência buscam o mesmo fim (direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais), mostra-se adequado analisar em conjunto as suas dimensões/gerações.

Os direitos fundamentais de primeira geração/dimensão são aqueles decorrentes das revoluções liberais, marcados pelo individualismo, são direitos de cunho negativo que impõe abstenções ao Estado (*v.g.* vida, liberdade, presunção de inocência) (THEODORO, 2002, p. 28-29), e ampliam o domínio da liberdade do particular em relação ao Estado, vedando assim, a interferência do ente público na órbita individual, salvo para resguardar a prevalência desta mesma liberdade (WEIS, 1999, p. 38).

Os direitos fundamentais de segunda geração são fruto da crise do liberalismo, de problemas sociais e econômicos, e que consistem em prestações positivas do Estado em relação ao cidadão, se incluem aí o direito a saúde, educação, assistência social, etc., (THEODORO, 2002, p. 29) e "pressupõem o alargamento da competência estatal, requerendo a intervenção do Poder Público para reparar condições materiais de existência de contingentes populacionais" (WEIS, 1999, p. 39).

Os direitos de terceira dimensão englobam valores de solidariedade e fraternidade, que protegem bens jurídicos que vão além do individualismo e alcançam interesses coletivos, tais como: autodeterminação dos povos, meio ambiente, consumidor, entre outros (THEODORO, 2002, p. 29-30). Ou seja, "são direitos concernentes a toda a humanidade, como superação do mundo cindido entre Estados desenvolvidos e subdesenvolvidos" (WEIS, 1999, p. 40).

Há também posições que defendem uma quarta geração/dimensão dos direitos fundamentais, que seriam aqueles direitos globais, como é o caso da democracia, informação e pluralismo (THEODORO, 2002, p. 30), deles "depende a concretização da sociedade aberta do futura, em sua dimensão máxima de universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência" (WEIS, 1999, p. 40), e mais, os "avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana" (LENZA, 2008, p. 670) também seria um dos direitos integrantes da desta quarta geração/dimensão.

Salienta-se que Bonavides incluiu a paz como sendo um direito fundamental de quinta geração/dimensão, ao firmar que "a paz é o corolário de todas as justificações em que a razão humana, sob o pálio da lei e da justiça, fundamenta o ato de reger a sociedade" (2007, p. 484-485).

Em síntese, os direitos humanos e fundamentais decorrem de fontes diferentes, entretanto, ambos buscam a mesma finalidade que é a proteção do ser humano a limitação e a imposição de obrigações ao Estado, bem como, integram uma de suas características que é a indivisibilidade, conforme será abordado a seguir.

2. Da indivisibilidade dos Direitos Fundamentais e Humanos.

Ao doutrinar sobre o Direito Reale diz que este consiste em "uma vontade permanente e constante de dar a cada um o seu direito, vontade essa que não é dos governantes, mas da coletividade através de um processo axiológico de opções e preferências" (2002, p. 129).

Os Direitos Fundamentais e Humanos seguem este mesmo raciocínio, já que valoram bens jurídicos e os qualificam como sendo direitos inerentes aos homens, e por uma preferência inicialmente política os inserem respectivamente nas atinentes Constituições e Tratados Internacionais e estabelecem obrigações positivas e negativas aos Estados.

São obrigações negativas aquelas que limitam o Poder do Estado e impõem balizas para o seu agir, resguardando assim, direitos dos cidadãos, tais como liberdade, presunção de inocência, etc., já as obrigações positivas impõem ao Estado o dever de prestar determinados direitos ao cidadão, como é o caso da saúde, educação, alimento, etc.

Conforme já exposto a doutrina classifica os direitos humanos e fundamentais em gerações/dimensões com o propósito de especificar sua ordem de reconhecimento pelo Direito. Diante de tal classificação, bem como, dos estudos em torno da efetividade e aplicabilidade das normas constitucionais e convencionais, muito se falou sobre a incidência mediata ou imediata destes direitos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 adotada pela Resolução 217-A da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas - ONU -estabeleceu em seu 22° artigo que toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país.

Tal norma de caráter universal ainda dispõe em seu art. 25, item 1 que toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

Ao analisar os dispositivos supramencionados é possível denotar que o desiderato da Declaração Universal dos Direitos Humanos não era criar restrições ou limitações aos direitos humanos e fundamentais, muito pelo contrário, seu escopo é maximizar seu alcance, haja vista que seu Preâmbulo assim estabeleceu:

> Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]; Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla [...]; A Assembléia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Posteriormente surgiram os intitulados Pactos Internacionais de 1966 que respectivamente trataram de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, que acabaram sendo equivocadamente interpretados e geraram novo debate sobre a aplicabilidade dos direitos sociais.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 (no Brasil Decreto n.° 592/1992) afirma em seu Preâmbulo que em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, no gozo das liberdades civis e políticas e liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem às condições que permitam a cada um gozar de seus direitos civis e políticos, assim como de seus direitos econômicos, sociais e culturais, e em seu art. 2° estabelece:

> ARTIGO 2º
>
> 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Já o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (no Brasil Decreto n.° 591/1992) mencionou em seu preâmbulo que em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. O ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria. Não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos, e em seu art. 12 prevê:

> ARTIGO 12
>
> 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.
>
> 2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:
>
> a) A diminuição da mortinatalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento é das crianças;
>
> b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
>
> c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;
>
> d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Ao analisar conjuntamente o Preâmbulo de ambos os Pactos é possível denotar que expressamente indicam que os direitos sociais – que abarcam o direito a saúde – devem ser resguardados e deverão ser reconhecidos e promovidos pelos Estados.

O fato do art. 2° do primeiro Pacto utilizar a expressão "progressivamente" e o art. 12 do segundo Pacto se valer da palavra "possível", levantou hipóteses sobre a possibilidade dos Estados aplicarem tais direitos de forma mediata ou progressiva, retirando assim a aplicabilidade imediata dos direitos sociais.

Essa não aparenta ser a melhor interpretação destas ferramentas normativas, já que uma das principais características destes direitos é a indivisibilidade entre eles, inclusive o direito social à saúde em relação aos demais direitos humanos e fundamentais.

Corroborando com tal entendimento, Weis ao dissertar sobre os direitos civis e políticos afirma que "negar caráter jurídico aos direitos econômicos, sociais e culturais significa retirar a eficácia dos primeiros se ou quando seu exercício pleno depender do acesso aos meios de vida adequados". (1999, p. 57)

Os direitos humanos e fundamentais podem ser comparados a uma corrente, em que cada um destes direitos (civis, políticos, econômicos, sociais e culturais) forma um dos elos, e o rompimento de qualquer deles acarretará a destruição de toda a corrente, por esta razão é que se fala em indivisibilidade.

A inobservância ou a violação de quaisquer das gerações/dimensões destes direitos inexoravelmente acarretará a violação dos demais. Por limitarem e estabelecerem obrigações ao Estado é patente que os direitos fundamentais e humanos devem ser integralmente aplicados, obstando assim, qualquer espécie de fracionamento ou escolha de um direito e o descarte de outro.

Por tal razão a sua indivisibilidade se tornou uníssona (FACHIN, 2008, p. 213), e cada um destes direitos "constitui uma unidade incindível em seu conteúdo elementar" e da mesma forma "os direitos civis e políticos não podem estar dissociados dos direitos econômicos, sociais e culturais" (idem, p. 213):

> As expressões "interdependência" e "indivisibilidade" têm sido empregadas reiteradamente por documentos internacionais e escritos sobre direitos humanos tais como se fosse sinônimas, o que se explica pelo desejo de limitar a possibilidade de os Estados construírem interpretações restritivas de seus enunciados, alegando o descumprimento parcial das normas internacionais sobre a matéria. (WEIS, 1999, p. 117)

Deste modo, "os direitos humanos são indivisíveis, interdependentes, e complementares e, nesse sentido, os diversos direitos dependem uns dos outros para sua realização plena". (PORTELA, 2011, p. 686)

Em suma, uma das características dos direitos fundamentais e humanos é justamente a indivisibilidade existente entre todas as suas gerações/dimensões, neste diapasão, uma releitura sobre tal aplicabilidade se mostra necessária.

3. Da aplicabilidade imediata dos direitos de 2ª geração/dimensão.

A dignidade humana é o cerne, o núcleo, a espinha dorsal de todo o sistema jurídico do Brasil, da América Latina e de todo o globo, é a razão de ser de todo e qualquer ordenamento jurídico e da própria existência do Direito.

Não foi sem motivos que a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu Preâmbulo consignou que a "dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo".

Oportunas são as palavras de Piovesan quando leciona sobre a dignidade da pessoa humana: "trata-se o princípio em tela, pela prevalência que lhe concedem os ordenamentos constitucionais que vem sendo estudados, de verdadeiro princípio fundamental da ordem jurídica". (2003, p. 390)

Assim sem titubear pode-se afirmar que os direitos fundamentais e humanos em todas as suas gerações são as vértebras desta espinha dorsal que é a dignidade da pessoa humana. A função primordial destes direitos é justamente permitir que todo ser humano tenha uma vida digna, neste sentido Sarlet assevera que:

> Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade. (2002, p. 89-90)

É exatamente neste momento que se fala em direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, todos previstos nos já mencionados Pactos Internacionais de 1966, que, obviamente também buscam a tutela e a promoção da dignidade da pessoa humana.

Os direitos civis e políticos basicamente decorrem de uma obrigação negativa do Estado, ou seja, um não fazer, não obstar, não impedir o exercício de direitos. Já os direitos econômicos, culturais e principalmente os sociais impõem uma obrigação positiva ao Estado, no dever de fazer, fornecer, propiciar, tutelar, garantir e aplicar algum direito em prol do cidadão, permitindo que este, tenha acesso ao

piso vital mínimo/mínimo existencial, e assim, possa usufruir de sua liberdade com a igualdade que lhe é inerente, ou segundo os ensinamentos de Silva:

> Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vê, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (2009, p. 286-287)

Os direitos sociais, conforme já afirmado, estão insertos no grupo de direitos fundamentais e humanos considerados de segunda geração/dimensão, e por essa razão, jamais poderiam ser considerados como direitos mediatos ou progressivos, tendo em vista que as previsões da Constituição Federal da República Federativa do Brasil estabelecem a aplicabilidade imediata e a indivisibilidade dos direitos fundamentais e humanos.

A Constituição brasileira de 1988 foi clara ao dispor no §1° de seu art. 5° que: "[a]s normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

"Verifica-se marcado zelo nos sistemas jurídicos democráticos em evitar que posições firmadas como essenciais da pessoa quedem como letra morta ou que só ganhem eficácia a partir da atuação do legislador" (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 327) ressaltam que a Constituição Federal de 1988 filiou-se a essa tendência, conforme se lê no §1° do art. 5° do Texto que se refere aos direitos fundamentais em geral, não se restringindo apenas aos direitos individuais (idem, p. 328):

> O fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos. A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos – dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário -, passiveis de serem alteradas ou suprimidas ao talante

> destes. Nenhum dos Poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem (ibidem, p. 321).

No mesmo sentido Piovesan ressalta que:

> O que deve, então, vingar, a bem da efetiva implementação de todos os ditames constitucionais, é mesmo o entendimento de que seus princípios constitucionais fundamentais valem como lei – lei constitucional. Possuem eficácia jurídica positiva ou simétrica, pois criam, sim, direito subjetivo ao cidadão, possibilitando-lhe exigir judicialmente a produção daqueles efeitos. E para tanto, é que se reclama a hermenêutica concretizadora, que culmine por prestigiar a força normativa dos princípios constitucionais fundamentais, otimizando a força expansiva do princípio da dignidade humana (2003, p. 396-397).

Já a Proclamação de Teerã é fruto da Conferência de Direitos Humanos realizada pela ONU em 13 de Maio de 1968 que expressamente declara em seu art. 13 que como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta impossível. A realização de um progresso duradouro na aplicação dos direitos humanos depende de boas e eficientes políticas internacionais de desenvolvimento econômico e social.

Corroborando com tal afirmação Fachin assevera que:

> A Proclamação de Teerã foi promulgada pela ONU. É o resultado da 1ª Conferencia Mundial de Direitos Humanos, realizada em Terrã, capital do Irã, entre os dias 22 de abril e 13 de maio de 1968, quando o mundo vivia sobre o influxo da chamada Guerra Fria. Assinala-se que manifestou preocupações com a falta de efetividade dos direitos fundamentais, "ainda resta muito por fazer na esfera da aplicação destes direitos e liberdades" (art. 4°). O documento propugnou, ainda, pela indivisibilidade dos direitos fundamentais, entendo que somente haverá efetividade de tais direitos quando todos eles puderem ser usufruídos em todas as sociedades. (2008, p. 199-200).

Denota-se que, qualquer classificação criada pela doutrina jurídica acaba por ceder espaço para a indivisibilidade e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e humanos, que por sua envergadura e importância não se submetem a qualquer espécie de progressividade e prescindem de qualquer previsão posterior do legislador infraconstitucional dos Estados soberanos.

Seja no plano interno (direito fundamental) ou no plano externos (direito humano), os direitos sociais deverão ser respeitados e imediatamente aplicados pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, já que qualquer argumento contrário acaba sendo afastado pelo conteúdo da Constituição Federal do Brasil de 1988 e pela Proclamação de Teerã de 1968.

Nesta toada deve ser ressaltado que os direitos fundamentais e humanos de segunda geração/dimensão, que inclui os direitos sociais, também possuem aplicabilidade imediata, por força das ferramentas normativas supramencionadas.

De outra banda, é crível salientar que o direito à saúde se encontra inserto neste rol de direitos sociais, e, portanto, deverá ser aplicado por todos os Poderes do Estado de forma imediata.

"O conceito de saúde e de promoção da saúde baseia-se nesse direito humano fundamental e permite às pessoas aumentar o controle sobre sua saúde e seus determinantes, mobilizando-se individual e coletivamente"(VENDRAME, MORENO, 2011, p. 05), logo, "o bem-estar físico, mental e social em sua integralidade jamais pode ser alcançado pelo ser humano isoladamente, porquanto não ser de sua exclusiva competência o gozo real de tais prerrogativas da saúde, vislumbrando-se a imprescindibilidade de intervenção estatal para tanto" (idem, p. 07).

O direito à saúde pode ser tido como uma prestação social positiva dos Estados, no sentido de disponibilizar uma estrutura apta não apenas à tutelar, mas igualmente, capaz de promover o direito à saúde, que, além de ser uma *conditio sine qua non* para uma vida humana digna, ainda pode ser vista como um límpido direito fundamental/humano. Ou seja, o Estado estará cumprindo sua tarefa prestacional se estiver propiciando o acesso à saúde a todas as pessoas que estejam em seus marcos territoriais, visto que tal prática estará permitindo o gozo de uma vida inexoravelmente digna e até mesmo feliz. (GROKSKREUTZ, 2013, p. 132)

Importante, aqui, é a idéia de que o direito à saúde é um direito fundamental assegurado, e, por isso, um direito universal (ASENSI, 2012, p. 08), e como tal:

> O direito à saúde, em virtude do seu atributo de direito fundamental, recebeu a qualificação de norma constitucional de eficácia plena, ou seja, recebeu do poder constituinte força normativa suficiente para a sua incidência imediata e independente de providência normativa ulterior para sua aplicação (idem, p. 17).

E por se tratar de normas que possuem aplicabilidade imediata é obvio que qualquer questão ou argumento político deve ser afastado, justamente pelo fato deste direito fundamental e humano não se submeter a qualquer limitação, o propósito de tal incidência é bem explicada por Bonavides ao afirmar que muitas vezes diretivas formuladas em termos genéricos e abstratos, são comodamente utilizadas em normas programáticas com o expediente fácil para justificar o descumprimento da vontade constitucional (BONAVIDES, 2002, p. 2018).

> No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável" (PIOVESAN, 2008, p. 400).

E nada mais razoável do que aplicar imediatamente os direitos sociais, em especial, o direito a saúde, que como já aduzido, é uma condição para que o ser humano possa gozar de uma vida digna.

4. Conclusão.

O Direito instituiu mecanismos normativos para regular a sociedade, e os Tratados Internacionais e as Constituições são espécies destas ferramentas que estabeleceram obrigações negativas e positivas aos Estados.

Os direitos negativos impõem ao Estado o dever de não prejudicar os direitos civis e políticos, enquanto que os positivos estabelecem obrigações de cunho prestacional de ordem econômica, social e cultural aos Estados.

E mesmo havendo uma classificação em torno destes direitos e um debate sobre sua aplicabilidade ser ou não mediata/progressiva ou imediata, a Constituição do Brasil de 1988 e a Proclamação de Teerã de 1968 afastaram tais dúvidas, e confirmam que todos estes direitos devem ser aplicados em concomitância ante a indivisibilidade que lhes é inerente.

Portanto, os direitos sociais classificados como direitos humanos e fundamentais de 2ª (segunda) geração/dimensão devem ser aplicados de forma imediata e não dependem de qualquer autorização legislativa ordinária, por via de consequência, o direito à saúde igualmente deve ser aplicado de forma imediata e não pode ser objeto de qualquer espécie de progressividade ou limitação pelos Estados, sob pena de violar a Dignidade da Pessoa Humana.

Referências bibliográficas.

ASENSI, Felipe Dutra. O direito à saúde no Brasil. *In.* ASENSI, Felipe Dutra. PINHEIRO, Roseni. **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ASSIS, Olney Queiroz. KÜMPEL, Vitor Frederico. ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz. **Manual de Sociologia Geral e Jurídica**. São Paulo: Lex, 2010.

BONAVIDES, Paulo. O direito à paz como Direito Fundamental de quinta geração. *In*. RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Estudos de Direito Constitucional e Urbanístico**. São Paulo. RCS Editora, 2007.

________ **Curso de Direito Constitucional**. 12° edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito constitucional**. 3° edição. Niterói: Método, 2008.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GROKSKREUTZ, Hugo Rogério. O direito à saúde e a responsabilidade estatal no Sistema Regional Americano de Direitos Humanos. In. ASENSI, Felipe. MUTIZ, Paula Lucia Arévalo. PINHEIRO, Roseni. **Direito e Saúde: enfoques interdisciplinares**. Curitiba: Juruá, 2013.

HERKENHOFF, João Baptista. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13° edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

________ **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. Coleção Direito e Ciências Afins V.4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 5° edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25° edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2° edição. São Paulo: Max Limonad, 2003.

________ Proteção Internacional da Pessoa Humana. in. GUERRA, Sidney. **Tratado de Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 3° edição. Salvador: Juspodivm, 2011.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27° edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2° edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 33° edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos Fundamentais & sua concretização**. Curitiba: Juruá, 2009.

VENDRAME, Alan. MORENO, Jamile Coelho. Saúde como garantia fundamental: uma perspectiva da evolução constitucional e histórica das políticas públicas.

In. SIQUEIRA, Dirceu Pereira. LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. **Direitos Sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos – a Constituição de 1988 e suas previsões sociais**. Birigui: Editora Boreal, 2011.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

O USO DE UMA PLATAFORMA DIGITAL COMO FERRAMENTA DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA ÁREA DA SAÚDE

Leandro Farias[12], Sandra Besso[13] e Gabriel Schutz[14]

INTRODUÇÃO

Num cenário em que um direito fundamental como a saúde, assegurado pela Constituição Federal de 1988, vem sendo tratado como bem de consumo, por meio da visão mercantil desta, observa-se o aumento da demanda de parte dos setores necessitados da população fluminense pelos atendimentos dispensados pelo Judiciário.

Nesse sentido, a crise estrutural do setor público denota a fragilidade apresentada tanto na eficiência como na eficácia da gestão das políticas sociais e econômicas, o que gera um hiato entre os direitos sociais constitucionalmente garantidos e a efetiva capacidade de oferta dos serviços públicos associados a eles.

No entendimento de Canotilho (1998, p. 435), os direitos sociais "exigem o dever do Estado na criação de pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos".

No que diz respeito ao conteúdo dos direitos sociais, pode ser considerado essencialmente prestacional, prescindindo de uma ação estatal, bem como da sociedade, com o intuito de que as desigualdades fáticas e situações que firam à dignidade sejam superadas (RAMOS, 2015, p. 64)

Dignidade que nem sempre se faz presente na assistência à saúde no Estado do Rio de Janeiro, visto que os direitos sociais que foram garantidos pela Constituição Federal de 1988 esbarram na problemática dos serviços públicos ofertados e, tal situação se traduz na ocorrência, nos plantões judiciários, de inúmeros

---

12. Farmacêutico Especialista em Direito e Saúde pela Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP) do Departamento de Direitos Humanos, Saúde e Diversidade Cultural (DIHS). Contato: leandronfarias@gmail.com.

13. Advogada Doutoranda em Saúde Coletiva pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) do Instituto de Estudos em Saúde Coletiva (IESC). Mestre em Poder Judiciário pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Contato: sm.besso@gmail.com.

14. Biomédico Doutor em Saúde Pública. Professor Adjunto pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) do Instituto de Estudos em Saúde Coletiva (IESC). Contato: gabriel@iesc.ufrj.br.

atendimentos às pessoas que buscam resolver questões relacionadas ao acesso a medicamentos, internações, leitos, laudos médicos etc.

Constata-se, assim, que o acesso ao Judiciário para a resolução de lides que dizem respeito às questões da saúde refletem, entre outras causas, um mau atendimento no sistema público de saúde, sendo que este se caracteriza pela dificuldade de ser mantida na prática profissional a coerência com alguns princípios da saúde coletiva, como a valorização do cruzamento entre diferentes saberes e práticas.

Com a criação de um ambiente para a troca de experiências e estimulação do senso crítico, de maneira a envolver a participação de gestores, usuários e trabalhadores da saúde, acredita-se que os atores se encontrem como sujeitos ativos no processo de mudança do panorama da saúde, e analisar de que forma juntos podem encontrar soluções e respostas para os anseios e desejos na construção de uma saúde que seja verdadeiramente para todos, nos moldes da proposta da Constituição Federal de 1988.

Este estudo apresenta a proposta de criação de um modelo piloto de uma Plataforma Digital, sendo que, inicialmente será realizado em unidades de saúde no Estado do Rio de Janeiro e, posteriormente, almeja-se que seja transformado em um modelo adaptável localmente, de forma integrada à gestão de saúde para sua aplicação em todo território nacional. A ideia diz respeito à realização paulatina de crescimento da Plataforma, sendo que a escolha do Estado do Rio de Janeiro para início deste modelo ocorrerá por conta da gravidade das referidas unidades no tocante ao atendimento que vem sendo na mesma realizado, que fica muito a desejar em termos de eficiência e organização.

Posteriormente, a aplicação em todo território nacional do modelo proposto da Plataforma Digital contempla, inclusive, o apelo social inserido na seara do setor saúde, visto que propiciará a construção de conhecimentos importantes para aprimorar o atendimento fornecido aos usuários do sistema de saúde, tanto no âmbito do serviço público quanto do privado, com o intuito de não privilegiar a lógica mercantil que circunda a temática, mas, pelo contrário, almejando a concepção na qual saúde não é mercadoria; saúde não pode caminhar com o lucro.

A metodologia empregada no presente artigo baseou-se na pesquisa bibliográfica, bem como na análise documental. Realizou-se levantamento bibliográfico relativo ao tema, e aponta-se as seguintes fontes de informação: bases de dados bibliográficos, bibliotecas e documentos: artigos científicos.

Na estratégia de busca utilizou-se o descritor "troca de informações em saúde", do DeCS – Descritores em Ciências da Saúde, acoplado à Biblioteca Virtual

em Saúde (vinculada à BIREME - Biblioteca Regional de Medicina, à OPAS - Organização Pan Americana de Saúde, e OMS - Organização Mundial de Saúde); e as palavras-chave "Plataforma Digital", para compor a matriz metodológica.

Ressalta-se que também foi utilizado o operador boleano "AND", para que houvesse interseção entre as palavras.

Como resultado recuperou-se documentos que foram relacionados e categorizados segundo a proposta de discussão e argumentação para elaborar o aporte teórico.

O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE, A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O PORQUÊ DA CRIAÇÃO DE UMA PLATAFORMA DIGITAL.

Entende Machado (2010, p.46) que: "O termo judicialização ganhou corpo a partir da publicação do trabalho de Tate e Vallinder (1995), para quem a judicialização envolve essencialmente tomar algo sob a forma do processo jurídico[...]".

Tal fenômeno, denominado judicialização da saúde, cuja existência e aumento vertiginoso se materializa como resposta ao mau funcionamento do sistema de saúde, será apreciado neste projeto, visando eleger as prioridades na adoção e concretização de políticas públicas pelo Estado, além de enfatizar a necessidade de se conhecer, de forma ampla e aprofundada, as demandas da sociedade frente aos problemas da saúde, uma vez que a demanda por questões de saúde vêm crescendo cada vez mais e mais nos diversos Tribunais do país.

Como pode ser observado por Mergulhão e Alfano (2015), numa reportagem do Jornal Extra, do Estado do Rio de Janeiro, no período entre janeiro a outubro de 2014 foram realizadas 18.306 decisões judiciais no que tange assistência à saúde. No ano seguinte, 2015, houve um aumento de 6,95%, totalizando 19.578 decisões judiciais. Por conta dessas decisões, a Secretaria Estadual de Saúde obteve, respectivamente, R$ 3.544.963.095,83 e R$ 3.321.306.089,02 com gastos referentes a judicialização da saúde.

Assim, a saúde, que segundo a Constituição é de responsabilidade do Estado, vem se tornando direito do consumidor, a visão humanizada é substituída pela de mercado e a relação médico-paciente se torna empregado-cliente. Segundo levantamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tramitam em torno de 400 mil processos judiciais envolvendo assistência à saúde, tanto pública quanto privada. Balanço feito em 2011 apontou 250 mil ações, ou seja, houve um avanço de 60% no fenômeno crescente de judicialização da saúde.

Ressalta-se que a judicialização da saúde não pode ser apontada como o foco do presente estudo. Contudo, será percebida dentro de um contexto a partir do qual o cidadão que não encontra amparo em outras esferas, recorre ao Poder Judiciário para tentar obter a prestação jurisdicional no tocante às questões relativas à saúde.

As questões relativas à saúde prescindem da criação de espaços para uma discussão sobre as melhores formas de translação do conhecimento, que será abrangida pela Plataforma Digital ora proposta, por intermédio dos produtos gerados pelos processos de formação obtidos. Almeja-se melhorar o atendimento à população, como um todo, no Sistema Único de Saúde- S.U.S.

A lei que criou o Sistema Único de Saúde, Lei 8080/1990, em seu artigo 6º, prevê a atuação dos órgãos a ele vinculados através da assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

Ressalta-se que o SUS foi regulamentado pela lei 8.080/1990 durante o governo de Fernando Collor, sendo que houve necessidade de criação, por meio de mobilização popular, da lei 8.142/1990, em razão do referido presidente ter vetado os artigos que tratavam das questões cruciais ao sistema, como o financiamento e a participação social em sua gestão. No governo de Fernando Henrique Cardoso, através da lei 9.656/1998, foi legitimado o mercado dos planos de saúde e posteriormente criou-se uma agência para regular e fiscalizar o setor, por meio da lei 9.961/2000.

Segundo Cury (2005, p. 125), o Sistema Único de Saúde, foi criado, "funcionando através de ações e serviços em todas as esferas de atuação do poder público: federal, estadual e municipal".

Ocorre que ainda persiste o desafio da quebra do modelo médico hegemônico, hospitalocêntrico ou complexo médico-industrial, que traz uma visão avessa ao modelo preventivista elaborado durante o processo histórico que antecedeu a criação do SUS, a chamada Reforma Sanitária.

Pautada na concepção da Reforma Sanitária, na qual vigem os princípios da universalidade, integralidade e equidade, esta Plataforma Digital, que proporciona troca de informações em saúde oriunda dos diferentes sujeitos envolvidos e cuja criação está sendo sugerida, servirá para produção de informações que serão utilizadas no abastecimento de banco de dados que irão contribuir para a elaboração de políticas públicas de saúde.

Neste sentido, a relação entre saúde, direito, políticas públicas; modelos de atenção e gestão, e formação profissional será fundamental para o seu desenvolvimento, de modo que essas dimensões do conhecimento se retroalimentem de forma ativa.

Consequentemente, o processo de orientação da população de forma simultânea à organização do Banco de Dados propiciará o fato de que o conhecimento dos casos que o constituirão será essencial no percurso de formação dos sujeitos envolvidos e, portanto, na organização social que diz respeito à saúde, propiciada pela revolução tecnológica, que permite um conhecimento oriundo da troca de informações em saúde que a Plataforma Digital aporta.

Corrobora este entendimento Martins (2013, p. 48) quando nos ensina que: "[...] A revolução tecnológica, com base nos instrumentos da comunicação e da informação, tornou o conhecimento o dinamizador do desenvolvimento tecnológico, provocando mudanças estruturais na economia, mas também na organização social. [...]".

Entende-se que as mudanças na organização social -inerente à própria engrenagem do sistema de saúde no país- se fazem necessárias, tendo em vista as dificuldades vivenciadas pela população que serão expostas na mencionada Plataforma Digital.

A PLATAFORMA DIGITAL

Para que seja criada uma Plataforma Digital, considera-se imprescindível o estudo de fatores que prejudicam o diálogo, o respeito e a cooperação mútua entre trabalhadores das equipes de saúde com os usuários do SUS e suas famílias dentro do Sistema de Saúde (no âmbito do serviço público e do serviço privado).

A Plataforma Digital dará origem a um banco de dados com as questões de saúde identificadas na análise dos casos de forma que será viável o monitoramento qualitativo e quantitativo dos atendimentos prestados pelos serviços públicos e privados de saúde. Para tanto, considera-se importante um olhar que propicie o estímulo da participação social nas unidades de saúde promovendo uma maior interação, de maneira que os indivíduos apontem suas demandas e assim possam perceber em conjunto que os maus atendimentos não são casos isolados e sim produtos de um sistema e de uma sociedade.

Assim haverá a percepção da inserção em um coletivo e não de isolamento nos processos de produção da saúde que são resultantes de relações sociais e, portanto, políticas. A noção do coletivo pode ser considerada de suma importância, tendo-se em vista que decisões políticas abrangem indivíduos, bem como coletivos.

Justamente se pensando na melhora da saúde para a população como um todo, percebe-se que é necessário que na Plataforma Digital seja feita uma análise das demandas registradas visando categorizar os principais motivos que levam as pessoas a relatarem o mau atendimento.

A partir da mencionada categorização serão gerados três níveis de informações: 1. Perfil do público que recorre (sexo, idade, renda, escolaridade, local de moradia, raça ou etnia); 2. Tipos de demandas apresentadas (acesso a medicamentos, busca por leitos ou internações etc.); 3. Resultados dos processos movidos pelas autoridades competentes (arquivamento, decisão em última instância etc.).

Os resultados das análises alimentarão um Banco de Dados, bem como servirão como tema-geradores para os processos de formação e discussão que envolverá a sociedade. Com efeito, a análise dos casos fornecerá elementos fundamentais à organização e proposição de políticas públicas. Esse projeto desenvolver-se-á, portanto, através da realização de atividades simultâneas relacionadas à análise das demandas registradas, à organização do Banco de Dados e à capacitação da sociedade.

A Plataforma Digital e suas propostas

A sugerida Plataforma Digital, que consiste em uma base de dados que visa aproximar cidadãos, profissionais da saúde, órgãos, gestores e demais agentes públicos, se propõe a elaborar Relatório Anual dos resultados das análises alimentados pelo Banco de Dados, bem como Resumos Executivos Temáticos provenientes das suas análises.

Além disso, possui como escopo estimular pesquisas no campo do Direito e Saúde, Modelos de Atenção e Gestão de Sistema e Serviços de Saúde, como forma de, num momento futuro, sugerir políticas públicas, disponibilizando informações sobre o funcionamento do sistema de saúde e controle social no Estado do Rio de Janeiro.

Com a Plataforma Digital pretende-se ampliar o leque de possibilidades no que tange o desenvolvimento profissional de trabalhadores da saúde, por meio da troca coletiva entre eles, que será baseado em situações concretas, a partir da sua implementação.

A soma das partes se materializará a partir da utilização de uma plataforma digital, que será alimentada com informações sobre a estrutura de funcionamento de unidades de saúde, os deveres de seus agentes públicos e os direitos dos usuários, para qualificar a intervenção independente e voltada especificamente para os direitos dos vulneráveis.

Ressalta-se que com a criação de uma Plataforma Digital nos moldes ora propostos, na qual serão percebidos e registrados os relatos de experiências e problemas em unidades de saúde, entende-se que poderá ser desenvolvida uma

consciência crítica, além do estímulo do pensamento coletivo, de maneira a provocar que todos se reconheçam como sujeitos ativos fundamentais neste processo de mudança no cenário de mercantilização da vida no qual a saúde se encontra.

Corrobora este pensamento Simões (2010, p.21-22) quando nos ensina que, “Não podemos, pois, permitir que os processos de banalização e mercantilização da vida nos transformem em profissionais, pesquisadores e pessoas insensíveis, indiferentes ou alienados em relação ao sofrimento e à injustiça”.

Visando minorar o sofrimento e a injustiça que circunda a saúde, pretende-se, a partir da sugerida Plataforma Digital, que ocorra que uma interação entre gestores, usuários e profissionais de saúde, baseando-se nos relatos de suas experiências e problemas em unidades de saúde, contribuindo, assim, para o desenvolvimento de uma consciência crítica na qual se almeja o enfrentamento dessas situações, de maneira que todos se reconheçam como sujeitos ativos fundamentais nesse processo de mudança no cenário em que a saúde se encontra.

Neste cenário, dentre outros, destacam-se os seguintes questionamentos:

1) No Sistema de Saúde (dentro do âmbito do serviço público e do serviço privado): Quais têm sido os principais problemas que existem nas relações dentro das equipes de saúde e em sua relação com os usuários?

2) Quais são os limites, tensionamentos e possibilidades da plataforma digital evidenciar e viabilizar novas metodologias e produtos que favoreçam a produção de relações saudáveis entre gestores, usuários e trabalhadores da saúde?

3) O que as pessoas precisam saber e o que podem fazer para reduzir o risco delas próprias e de outras pessoas serem vítimas do mau atendimento?

4) Como enfrentar situações de mau atendimento nos serviços de saúde?

5) Como a plataforma digital pode auxiliar no desenvolvimento da consciência crítica?

6) Quais os interesses por trás do mau funcionamento dos serviços de saúde?

Uma vez que o funcionamento e a sustentabilidade do Sistema de Saúde passam pelo entendimento de que o mesmo deva ser compreendido como espaço de articulação das pessoas, de forma que as mesmas possam ser mais ativas na produção de saúde no âmbito individual, coletivo e societário, a implementação da Plataforma Digital contribuirá para que o citado espaço de articulação seja efetivamente pautado no paradigma proposto.

Desta forma, o presente estudo vislumbra concatenar conhecimentos capazes de fortalecer, no campo da saúde coletiva, a valorização da cultura do cultivo

do trabalho cooperativo dentro das equipes de saúde para a promoção e produção social, política, econômica e cultural da saúde.

Saúde que vai além da ausência de doença e além do conceito proposto pela Organização Mundial da Saúde.

No entendimento de Carvalho e Ceccim deve haver a busca a superação do biologicismo e do modelo clínico hegemônico (centrado no saber e prática médica, na doença, nos procedimentos, no especialismo e na orientação hospitalar). Esses autores também ressaltam a importância de se valorizar o social e a subjetividade o cuidado e não só da prescrição, além da importância do "estímulo à convivência e ao estabelecimento de laços entre a população e os profissionais de saúde; a atenção à saúde organizada a partir da lógica de linhas do cuidado e não da doença; a crítica à medicalização e ao "mercado da cura"; entre outros princípios" (CARVALHO & CECCIM, s/d p.3).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Experiências que vem sendo pautadas em relações altamente hierarquizadas centradas no médico, na medicalização da saúde, no corporativismo e nos interesses de lucro têm prejudicado a qualidade dos serviços prestados pelas equipes de saúde, gerando o que chamamos de descaso e produzindo erros no tratamento dos usuários do SUS e de suas famílias.

O descaso na saúde advém, entre diversos fatores, da lógica que visa o lucro e do modelo hospitalocêntrico centrado na doença, criticada pela reforma sanitária, que recompõe e reafirma a centralização e hierarquização das equipes, que perdem seu caráter coletivo e dissolvem as responsabilidades coletivas, centralizando-as nos médicos e na administração. O resultado é o favorecimento dos setores que se beneficiam com esse modelo, como as indústrias farmacêuticas e de equipamentos, entre outros, mercantilizando a vida.

Com o intuito de não estimular esta concepção capitalista mercadológica predominante, mas, pelo contrário, promover um grande debate e uma maior interação entre gestores, profissionais e usuários do sistema de saúde, propõe-se a criação de uma plataforma digital aliada às práticas interativas que contribuirá para o desenvolvimento de novas metodologias e produtos que ajudem, por meio de processos de educação, o coletivo a formular quais mudanças que deveriam ser aplicadas e exigidas, visando o respeito e a dignidade do cidadão.

Tendo em vista a pouca produção acadêmica a respeito do tema, este trabalho visa à construção coletiva de um ambiente que possa acarretar mudanças

no atual panorama da saúde, a partir, inclusive, do estímulo do senso crítico da população, necessário para o enfrentamento coletivo dos problemas causadores de mau atendimento nas práticas de saúde, com a criação da Plataforma Digital acima mencionada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

CARVALHO, Yara Maria; CECCIM, Ricardo Burg. **Formação e Educação em Saúde: aprendizados com a Saúde Coletiva.** Disponível em http://lms.ead1.com.br/upload/biblioteca/modulo_3658/EZIF5GLMKV.pdf

CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde**: evolução, normatização e efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

http://extra.globo.com/noticias/rio/cresce-numero-de-decisoes-judiciais-para-conseguir-tratamento-pelo-sus-18038800.html. Acesso em: 04. out. 2016.

FLEURY S**. Judicialização pode salvar o SUS**. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 93, p. 159-162, abr./jun. 2012.

MAGALHÃES, R; BODSTEIN, R. **Avaliação de iniciativas e programas intersetoriais em saúde: desafios e aprendizados**. Ciência & Saúde Coletiva, 14(3): 861-868, 2009.

MACHADO, F.R. de S. **A judicialização da saúde no Brasil: cidadanias e assimetrias**. Tese [Doutorado], Instituto de Medicina Social, UERJ, 2010.

MARTINS, Wagner de Jesus**. Gestão estratégica das redes cooperativas de ciência, tecnologia e inovação em saúde: um modelo para o desenvolvimento socioeconômico e a sustentabilidade do SUS.** Tese [Doutorado], Fundação Oswaldo Cruz - Escola Nacional de Saúde Pública, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 2.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SIMÕES BARBOSA, RH. **A 'Teoria da Práxis': retomando o referencial marxista para o enfrentamento do capitalismo no campo da saúde.** Trab. Educ. Saúde, Rio de Janeiro, v. 8 n. 1, mar./jun, 2010.

JUDICIALIZAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA: ANÁLISE DA INFLUÊNCIA DA STA 175/CE SOBRE PROCESSOS JUDICIAIS RELATIVOS À SAÚDE NO ANO DE 2015 EM MINAS GERAIS

Luciana de Melo Nunes Lopes[15] e Lira Amaral de Faria[16]

INTRODUÇÃO

Denomina-se Judicialização da Saúde o fenômeno atual de invocação do Poder Judiciário para garantia de prestações públicas em Saúde. No Brasil, ele acontece desde a década de 90, quando ativistas da sociedade civil requisitaram via Justiça o acesso a medicamentos para tratamento da AIDS embasados no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, que coloca a saúde como direito de todos e dever do Estado (GOUVÊA, 2003; VENTURA *et al.*, 2010; MACHADO, 2008). Desde então, observa-se grande crescimento de ações judiciais nesse setor. De acordo com o Ministério da Saúde, de 2010 a 2016 o gasto público em atendimento a essa demanda cresceu 727%. (CNJ, 2016) Em Minas Gerais, 15291 processos foram ajuizados contra o Estado apenas em 2015 (SIGAF, 2016).

As discussões sobre o tema são polêmicas e diversas, passando desde o princípio de separação dos poderes, até o princípio de reserva do possível (DO VALE, CAMARGO, 2011; BALESTRA NETO, 2015). A fim de aprimorar o debate, o então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Gilmar Mendes, convocou uma Audiência Pública que ouviu especialistas de diversas áreas do conhecimento ligadas ao Direito à Saúde nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Foram discutidos diversos pontos, como responsabilidade dos entes da federação frente à saúde, demandas de medicamentos não registrados na ANVISA, existência de políticas públicas referentes às requisições, entre outros (STF, 2009)

15. Farmacêutica. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública da Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: lucianamnlopes@gmail.com.

16. Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: liramaral@gmail.com

A partir de então, conclusões alcançadas na Audiência Pública influenciaram decisões que reafirmaram a jurisprudência do STF (DO VALE, CAMARGO, 2011; GOMES *et al.*, 2014). Dentre elas, destaca-se o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175/CE, de 2010, que teve o Ministro Gilmar Mendes como relator. Trata-se de julgamento de recurso interposto pela União contra indeferimento pelo mesmo ministro de pedido de Suspensão de Tutela Antecipada para fornecimento do medicamento Zavesca (miglustat), à época não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) (AgRg STA 175/CE, 2010).

Ao discorrer sobre o julgamento da STA 175 passando por diversas perspectivas envolvidas na questão do direito à saúde, o Ministro Gilmar Mendes expôs dados importantes "para a construção de um critério ou parâmetro para a decisão" (AgRg STA 175/CE, 2010). O primeiro deles, por exemplo, seria a existência ou não de política pública referente à prestação pleiteada. O relator também elucida diversos pontos importantes a serem considerados nas análises de demandas judiciais em saúde, como, por exemplo, a exigência de registro de medicamento na ANVISA, a responsabilidade solidária entre os entes federados, o uso da Medicina Baseada em Evidência, entre outros (AgRg STA 175/CE, 2010).

Uma vez acertados tais critérios que racionalizariam as decisões e, consequentemente, mudariam a dinâmica do processo de Judicialização da Saúde (BALESTRA NETO, 2015), resta saber em que medida eles atingiram seu propósito. Assim, como primeiro passo para a medida da efetividade dos parâmetros estabelecidos na jurisprudência, o presente estudo tem como objetivo verificar a capilaridade da STA 175 na prática cotidiana dos operadores do direito envolvidos em ações judiciais em saúde no Estado de Minas Gerais no ano de 2015.

A JUDICIALIZAÇÃO E O DIREITO À SAÚDE

O Direito à Saúde foi instituído no Brasil a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 196, declara a saúde como um direito de todos e um dever do Estado. Ele deve ser garantido mediante políticas públicas "que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (BRASIL, 1988). Embasada por essa norma constitucional, a sociedade civil, nos anos 90, recorreu ao Poder Judiciário para reivindicar o fornecimento de medicamentos para o tratamento da Aids, dando início ao fenômeno que ficou conhecido como judicialização da saúde (GOUVÊA, 2003; VENTURA *et al.*, 2010; MACHA-

DO, 2008). A partir de então, a busca pela intervenção judicial para a garantia de prestações em saúde cresceu exacerbadamente, gerando forte aumento no gasto público em saúde. Apenas em 2015, os gastos da União, Estados e Municípios em atendimento às ações judiciais em saúde somaram R$ 5 bilhões (CNJ, 2016).

O caráter ampliado da saúde como definida pela OMS - estado completo de bem-estar físico, mental e social - dificulta o estabelecimento de limites para o direito à saúde (GOUVÊA, 2003; BITTENCOURT, 2016). Segundo Ventura et al. (2010), o reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental à dignidade humana passa pelas percepções sobre as definições de saúde, além de outros pontos (VENTURA *et al.*, 2010; BITTENCOURT, 2016). Assim como o próprio conceito de saúde, o direito à saúde, instituído pelo artigo 196, é tido como pouco denso, "na medida em que deixa de definir aspectos importantes do direito que parece instituir: sujeito passivo, prioridades, extensão de saúde assegurada, custeio, etc." (GOUVÊA, 2003). Percebeu-se, então, que a trajetória da judicialização da saúde no Brasil é, essencialmente, influenciada pela interpretação do direito à saúde pelo Sistema de Justiça (GOUVÊA, 2003; MACHADO, 2008; BALESTRA NETO, 2015).

Nesse sentido, Balestra Neto (2015), estudando a evolução histórica da jurisprudência do STF e do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) em relação ao direito à saúde, observou três distintas fases de interpretação desse. A primeira delas iniciou-se na década de 1990, quando o artigo 196 era considerado uma norma puramente programática e incapaz de produzir efeitos jurídicopositivos (GOUVÊA, 2003; MACHADO 2008). A partir dessa interpretação, "a jurisprudência majoritariamente se orientou pela impossibilidade de interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde" e teses fazendárias relacionadas à impossibilidade financeira estatal de prestação eram predominantemente consideradas (BALESTRA NETO, 2015). A partir de 1997 e, principalmente, no começo da década de 2000, o artigo 196 passou a ser considerado "uma norma constitucional de plena eficácia" (MACHADO, 2008; GOUVÊA, 2003), inaugurando nova fase jurisprudencial. Nessa fase, as cortes superiores passaram a considerar o princípio da dignidade da pessoa humana como argumento-chave para aprovação das demandas judiciais. O princípio do mínimo existencial passou a ser considerado em detrimento das teses fazendárias e verificou-se deferimento em massa das prestações em saúde pleiteadas judicialmente (BALESTRA NETO, 2015).

Vivemos atualmente a terceira fase de interpretação legal do direito à saúde identificada por Balestra Neto (2015). Iniciada em meados da década de 2000, essa nova etapa jurisprudencial começa a "superar a ideia de que o direito à saú-

de e sua diretriz da integralidade significariam um direito a tudo". O caso concreto passou a ser analisado, o que caracterizou tal fase como um equilíbrio entre as duas primeiras. Para isso, foi necessária a criação de parâmetros mais claros para que a atuação judicial conseguisse proteger os direitos constitucionais sem deixar de analisar as limitações existentes a sua garantia. Um marco histórico desse novo período se deu com a realização da Audiência Pública - Saúde em 2009 pelo STF que discutiu parâmetros para racionalizar a judicialização da saúde. (BALESTRA NETO, 2015; RAMOS *et al.*, 2015)

A AUDIÊNCIA PÚBLICA – SAÚDE DE 2009

Em um cenário judicial de crescimento exacerbado da judicialização e de falta de elementos técnicos e critérios norteadores para análise do direito à saúde que apenas seriam possíveis a partir de uma discussão mais profunda sobre o tema, foi convocada Audiência pública nos termos do art. 13, inciso XVII, do Regimento Interno do STF, para ouvir diversos atores versados no Sistema Único de Saúde (SUS) "objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde" (STF, 2009).

Convocada pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, a Audiência Pública nº 4 aconteceu nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Foram ouvidos "50 especialistas entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde" (STF, 2009).

A fala de abertura do Ministro Gilmar Mendes sintetiza a ideia presente na proposta da oitiva:

> "A Audiência objetiva esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde. (...) O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito social à saúde, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das

> mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias. A ampliação dos benefícios reconhecidos confronta-se continuamente com a higidez do sistema.(...) Em alguns casos, satisfazer as necessidades das pessoas que estão à sua frente, que têm nome, que têm suas histórias, que têm uma doença grave, que necessitam de um tratamento específico, pode, indiretamente, sacrificar o direito de muitos outros cidadãos, anônimos, sem rosto, mas que dependem igualmente do sistema público de saúde". (STF, 2009)

Dentre diversos pontos discutidos na Audiência envolvendo o direito à saúde e a judicialização, foram aqueles de destaque: a responsabilidade solidária entre os entes federados no atendimento às demandas judiciais; a obrigação de prescrição realizada por médico vinculado ao SUS; a necessidade de se procurar a Administração Pública antes do Sistema de Justiça para reivindicação de prestações; a solicitação judicial de tratamentos fora das listas oficiais e não registrados na ANVISA, incluindo tratamentos experimentais; e as fraudes ao SUS (STF, 2009).

Gomes *et al.* (2014) alertam para um emaranhado de interesses que pode ter motivado os discursos dos diversos atores representantes de diferentes segmentos durante a conferência. Mesmo assim, houve consenso no debate de alguns pontos, a destacar: a legitimidade de atuação do Poder Judiciário em relação às demandas individuais e a ilegitimidade "de se buscar, judicialmente, produtos de estudos experimentais ou sem registro na ANIVSA" (DO VALLE, CAMARGO, 2011).

A Audiência Pública, como um todo, foi considerada bastante propícia. Logo sua influência começou a ser percebida na jurisprudência brasileira, a exemplo do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada175/CE, de 2010 (GOMES *et al.*, 2014; DO VALLE, CAMARGO, 2011; BALESTRA NETO, 2015).

A SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 175

Trata-se de julgamento de recurso interposto pela União contra indeferimento de pedido de Suspensão de Tutela Antecipada para fornecimento do medicamento Zavesca (miglustat). O Ministro Gilmar Mendes foi o relator da decisão proferida em 17 de março de 2010 (AgRg STA 175/CE, 2010).

O principal argumento utilizado pela União para recurso contra a tutela antecipada foi o de inexistência, à época, de registro na ANVISA para o medicamento

pleiteado e a consequente proibição de sua comercialização no país. Já a família da beneficiária declarou não haver condições de custear o tratamento orçado em R$52.000,00 por mês para a doença rara de Niemann-Pick Tipo C. Não constatando "grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas", o Ministro Gilmar Mendes indeferiu o recurso da União, mantendo a determinação de fornecimento do medicamento Zavesca à beneficiária pela União, pelo Estado do Ceará e pelo Município de Fortaleza (AgRg STA 175/CE, 2010).

No julgamento, ao analisar diversas questões relacionadas ao direito à saúde e a judicialização, como a existência prévia de política pública referente ao objeto de reivindicação judicial, o relator buscou estabelecer parâmetros para análise das ações judiciais referentes ao fornecimento de medicamentos e tratamentos pelo SUS. Em síntese, são eles: (1) quando o tratamento já esteja previsto nas políticas públicas existentes, cabe ao Judiciário garantir o seu efetivo cumprimento; (2) a Administração Pública não poderá ser condenada a fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA; (3) o fornecimento de um tratamento alternativo a um já oferecido pelo SUS só poderá ser exigido se for comprovada a ineficácia ou a inadequabilidade, para determinado paciente, do tratamento já oferecido; (4) o Estado não pode ser condenado a fornecer tratamento experimental, isto é, em fase de pesquisa, sem comprovação científica de sua eficácia; (5) a pretensão a tratamentos não mais considerados experimentais, mas que ainda não foram incorporados pelo SUS, deve ser avaliada cuidadosamente nas respectivas ações individuais e/ou coletivas (AgRg STA 175/CE, 2010; OUTEIRO, NASCIMENTO, 2015).

A criação de critérios para racionalizar a judicialização buscaria estabelecer um equilíbrio "entre, de um lado, a proibição do excesso e, de outro, a proibição de proteção insuficiente", não podendo o cidadão "esperar o impossível do Estado", mas não podendo também o Estado "negar o mínimo existencial" para esse, sendo, para isso, fundamental a atuação do Poder Judiciário (DO VALLE, CAMARGO, 2011).

Devido ao caráter uniformizador da jurisprudência do STF, a STA 175 teria o poder de influenciar todo o Sistema de Justiça brasileiro, sendo "uma espécie de normativa a ser seguida para as ações que tratam do tema" (BALESTRA NETO, 2015). A metodologia convencionada para análise poderia impulsionar a racionalização das decisões judiciais em matéria de saúde, modificando toda a dinâmica do fenômeno da judicialização (BALESTRA NETO, 2015).

Passados cinco anos do julgamento da STA 175, resta saber em que medida os parâmetros estabelecidos conseguiram racionalizar a judicialização da saúde. Como passo inicial para realização dessa análise de efetividade dos critérios

estabelecidos, é necessário conhecer a difusão da jurisprudência na prática cotidiana dos agentes do direito. Nesse sentido, o presente estudo buscou verificar a capilaridade da STA 175 no exercício dos operadores do direito envolvidos em ações judiciais em saúde no Estado de Minas Gerais no ano de 2015.

MÉTODOS

Estudo transversal descritivo foi conduzido para verificação da capilaridade da STA 175 na prática cotidiana dos operadores do direito que atuaram em demandas judiciais em saúde no ano de 2015 no Estado de Minas Gerais. Para compor a amostra, foram selecionados, aleatoriamente, 110 processos, de um total de 15291 processos ajuizados contra o Estado de Minas Gerais naquele ano.

Os processos foram consultados no Sistema Integrado de Gestão da Assistência Farmacêutica (SIGAF), software que auxilia na gestão da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) no Estado de Minas Gerais (SES/MG, 2016). O SIGAF conta com módulo especial para registro das ações judiciais deferidas para fornecimento de prestação em saúde em que o Estado foi réu. O acesso a esse sistema de informação foi possível devido à parceria firmada entre o Grupo de Pesquisa em Economia da Saúde da Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais (GPES/UFMG) e a SES/MG.

Para seleção da amostra, utilizou-se planilha do Microsoft Office Excel 2007® fornecida pela SES/MG contendo os números dos processos judiciais registrados no SIGAF em 2015. Ao selecionar um número de processo na tabela, o mesmo código era informado no SIGAF para acesso a todos os documentos existentes referentes àquela ação: Petição Inicial, Decisão da Liminar, Decisão do recurso de agravo, Sentença e\ou Decisão do recurso de apelação.

Em cada documento referente a um mesmo processo, realizou-se a busca das palavras-chave "STA 175", "Suspensão de Tutela Antecipada 175" e "Audiência Pública". As palavras "suspensão" e "tutela" também foram pesquisadas isoladamente.

Cinco pessoas ligadas ao GPES/UFMG foram responsáveis pela coleta de dados e pela construção de um mini banco de dados com as informações coletadas especialmente para o presente estudo. Assim, criou-se uma tabela contendo os seguintes campos: "Número do Processo", "Passagem pelo filtro de busca", "Citação na inicial", "Citação na liminar", "Citação na decisão do agravo", "Citação na sentença", "Citação no acórdão" e "Responsável pelo cadastro". Apenas os campos "Número do Processo" e "Responsável pelo cadastro" não foram respon-

didos de forma binária (sim ou não). Os campos foram preenchidos da seguinte forma: “sim” quando havia o documento em questão e nele estava citada a STA 175, “não” quando havia o documento em questão, mas não havia menção à STA 175 e “-” quando o documento em questão não fazia parte do processo.

Após registro dos dados, calculou-se a quantidade de “sim” inscritos em cada campo apenas para aqueles processos em que foi possível utilizar a busca através do comando “localizar”. Assim, 6 processos que não passaram pelo filtro foram desconsiderados e substituídos. Além desses, outros 4 processos consultados a partir do código fornecido na planilha não retornaram nenhum registro na consulta do SIGAF e precisaram ser descartados.

Para aprofundamento da análise, após a coleta de dados, foi verificado o contexto da argumentação referente à STA 175 de cada citação encontrada na pesquisa.

RESULTADOS

Os 110 processos selecionados originaram 234 diferentes documentos para análise. A quantidade de cada tipo de documento analisado pode ser verificada na Tabela 1 abaixo.

Tabela 1 - Quantidade de documentos processuais analisados por tipo de documento

Tipo de Documento Processual	Quantidade de Documentos Verificados	Porcentagem (%)
Petição Inicial	109	42,8
Decisão da Liminar	101	39,8
Decisão de Recurso do Agravo	14	5,6
Sentença	27	10,6
Decisão do Recurso de Apelação	3	1,2
TOTAL	234	100

Fonte: elaboração própria, 2016

Dos 234 documentos analisados, 33 (13%) mencionaram alguma das palavras-chave utilizadas para caracterizar a citação da STA 175. A presença de alu-

são à STA dentre as Petições Iniciais foi de 29,4% e de 7,1% dentre as Decisões de Recurso do Agravo. Não houve qualquer menção de interesse dentre as Decisões de Liminar, Sentenças e Decisões do Recurso de Apelação. A frequência absoluta de referência à Suspensão de Tutela Antecipada por tipo de documento processual verificado pode ser encontrada na Tabela 2 abaixo.

Tabela 2 - Frequência de citação da STA 175 por tipo de documento processual verificado

Tipo de Documento Processual	Quantidade de referências à STA 175 Verificada
Petição Inicial	32
Decisão da Liminar	0
Decisão de Recurso do Agravo	1
Sentença	0
Decisão do Recurso de Apelação	0

Fonte: elaboração própria, 2016

Em relação ao contexto da menção à STA 175, verificou-se que a referência à jurisprudência foi utilizada para fundamentar 7 argumentos principais. Os argumentos, assim como o número de citações relacionadas a eles, podem ser encontrados na Tabela 3 abaixo.

Tabela 3 - Frequência dos argumentos fundamentados a partir da citação da STA 175

Argumento	Quantidade de citações referentes ao argumento
Garantia do Mínimo Existencial	19
Não fornecimento de medicamento não registrado na ANVISA	1
Pedido de medicamento fora dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT)	6

Pedido de medicamento dentro e fora das listas oficiais e fora dos PCDT	1
Responsabilidade Solidária entre os entes federados	4
Análise dos processos caso a caso	1
Pedido de medicamento fora da RENAME	1
TOTAL	33

Fonte: elaboração própria, 2016

O argumento “não fornecimento de medicamento não registrado na ANVISA” foi aquele referente à citação da STA 175 na Decisão de Recurso do Agravo e, consequentemente, a única alegação utilizada para fundamentar uma decisão. Ao contrário, os outros argumentos foram usados por demandantes nas Petições Iniciais.

O argumento “pedido de medicamento dentro e fora das listas oficiais e fora dos PCDT” foi considerado em separado por se tratar de referência à STA 175 embasando mais de uma reflexão.

DISCUSSÃO

Estudo de Balestra Neto (2015) indica que a jurisprudência brasileira, no tocante ao direito à saúde e a judicialização, evolui rumo à racionalidade. Do Valle e Camargo (2011) sustentaram a importância da definição de parâmetros de julgamento, acreditando que eles iluminariam “as futuras decisões da Excelsa Corte e dos demais Tribunais do País, quando do exame das demandas envolvendo o direito à saúde”.

Mas, a restrita difusão da jurisprudência “racionalizadora” da judicialização da saúde no exercício diário dos operadores do direito foi observada neste estudo. De 234 documentos analisados, apenas 13% fizeram referência à STA 175.

A presença de citações nas Petições Iniciais, embora ainda pequena (29,4% de menção à STA), foi maior do que entre os outros tipos de documentos processuais. Isso indica que a assimilação da jurisprudência é maior entre os demandantes do que entre os decisores. A análise do contexto das referências à STA 175 nos processos analisados reforça essa percepção, uma vez que a jurisprudência foi majoritariamente utilizada como fundamento para a reivindicação de prestação em saúde através de parâmetro convenientemente selecionado. Apenas uma citação, referente à única decisão judicial que mencionou a STA 175, foi encontrada no sentido da negativa de prestação. Essa parca influência sobre os julgadores pode significar que a discricionariedade do juiz ainda prevalece nas

decisões envolvendo o direito à saúde, favorecendo "a existência de sentenças judiciais extremamente díspares" (RAMOS *et al.*, 2015).

Não foi realizada análise do conteúdo material das decisões, porém observou-se que a referência legal utilizada nas decisões se resume basicamente ao texto Constitucional. Apesar de a jurisprudência das cortes superiores ter evoluído para a terceira fase de interpretação do direito à saúde identificada por Balestra Neto (2015), há indícios de que a prática jurídica cotidiana ainda viva a segunda fase, em que o direito à saúde é entendido como um "direito a tudo". A já discutida tessitura aberta da norma constitucional no artigo 196 traz com a judicialização grandes incertezas para a gestão em saúde pública. Por se tratar a saúde de algo multidimensional e complexo, o embasamento Constitucional puro e simples é reducionista, não trazendo à tona o imprescindível enfrentamento das demandas em toda a sua complexidade técnica.

Dentre as limitações do estudo encontram-se o tamanho reduzido da amostra, a localização das citações apenas por palavras-chave e a falta de análise de todo conteúdo material dos documentos processuais. Mesmo assim, acredita-se que a metodologia utilizada foi suficiente para verificar a capilaridade da jurisprudência em questão na prática cotidiana dos agentes do direito do Estado de Minas Gereis no ano de 2015.

CONCLUSÕES

Apesar do caráter uniformizador da jurisprudência dos tribunais superiores, a influência da STA 175 no exercício cotidiano dos operadores do direito, no Estado de Minas Gerais, é ainda muito restrita.

Mesmo a literatura indicando uma atual tendência de racionalidade na jurisprudência brasileira em relação ao deferimento de prestações em saúde pleiteadas judicialmente, a falta de capilaridade no meio jurídico dos parâmetros estabelecidos com tal finalidade pelo STF não confirma, na prática, tal tendência, impedindo a análise da real efetividade desses parâmetros na mudança da dinâmica da judicialização da saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 24 set. 2016.

BRASIL. STF. **Suspensão de Tutela Antecipada n. 175**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>. Acesso em: 21 set. 2016.

BALESTRA NETO, O. A jurisprudência dos Tribunais Superiores e o Direito à Saúde - evolução rumo à racionalidade. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, mar./jun. 2015. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100025>. Acesso em 25 set. 2016.

BITTENCOURT, G. B. O “estado da arte” da produção acadêmica sobre o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil. **Caderno Ibero-Americano de Direito Sanitário**,Brasília, jan./mar. 2016. Disponível em <http://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/261>. Acesso em 25 set. 2016

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ e Ministério da Saúde firmam acordo para criação de banco de dados. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83208-cnj-e-ministerio-da-saude-firmam-acordo-para-criacao-de-banco-de-dados>. Acesso em 27 set. 2016

DO VALLE, G. H. M; CAMARGO, J. M. P. A Audiência Pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, nov. 2010/fev. 2011. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13220>. Acesso em 25 set. 2016.

GOMES, D. F.*et al.* Judicialização da saúde e a Audiência Pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá para cá? **Saúde Debate**, Rio de Janeiro, jan./mar.2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-11042014000100139&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em 26 set. 2016.

GOUVÊA, M. M.i. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos.
Revista Forense, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>. Acesso em 30 ago. 2016.

MACHADO, F. R. S. Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, jul./out. 2008. Disponível em: < http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13118 > . Acesso em 25 set. 2016.

OUTEIRO, G.M.; NASCIMENTO, D. M. Judicialização do direito à saúde e suas limitações: a repercussão do julgamento da STA 175-AgR/CE pelo Supremo Tribunal Federal. **Jus Navigandi**, abr. 2015. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/38509/judicializacao-do-direito-a-saude-e-suas-limitacoes/3 > . Acesso em 28 set. 2016.

RAMOS, E. M. B.; DINIZ, I. M.; MADUREIRA, A. S. O Conselho Nacional de Justiça: o Fórum da Saúde e o excesso de judicialização. **Caderno Ibero-Americano de Direito Sanitário**, Brasília, out./dez.2015. Disponível em: < http://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/224 > . Acesso em 21 set. 2016.

SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE MINAS GERAIS. O Sistema Integrado de Gestão da Assistência Farmacêutica – SIGAF. Disponível em: < http://www.saude.mg.gov.br/component/gmg/page/352-sistema-integrado-de-gerenciamento-da-assitencia-farmaceutica-sigaf > . Acesso em 28 set. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Principal. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico = processoAudienciaPublicaSaude > . Acesso em 27 set. 2016.

VENTURA, M. *et al*. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, jan./fev. 2010. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid = S0103-73312010000100006&script = sci_abstract&tlng = es > . Acesso em 27 set. 2016.

A JUDICIALIZAÇÃO DOS TRATAMENTOS CONTRA A DROGADIÇÃO NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO: UMA ANÁLISE ECONÔMICA SOBRE A EXPERIÊNCIA DA 1ª VARA ESPECIALIZADA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM

Luciano Motta Nunes Lopes[17]

Introdução

Em face da notória escassez de recursos disponíveis para se custear as ações e serviços públicos de saúde os gestores tem procurado direcioná-los através de rigoroso planejamento técnico e científico, objetivando atingir cobertura universal e isonômica à população que necessita do Sistema Único de Saúde (SUS).

Ao proferir decisões em questões relacionadas à saúde, o Poder Judiciário interfere diretamente na atividade governamental, uma vez que Administração Pública vê-se obrigada a redirecionar verbas inicialmente destinadas a atender demandas coletivas em benefício de interesses individuais. Com menos dinheiro em caixa, há inequívoco prejuízo de importantes programas públicos, já que a cobertura anteriormente prevista é invariavelmente impactada com a diminuição de recursos.

Entretanto, existem situações nas quais o Poder Público mostra-se omisso e letárgico em implementar políticas públicas já definidas e regulamentadas, como é o caso do tratamento contra a toxicodependência infanto-juvenil. Nesses casos, a judicialização da saúde torna-se o único instrumento capaz de proteger e de tornar efetivo o direito fundamental à saúde.

O presente trabalho tem por escopo identificar e analisar os impactos financeiros que a judicialização dos tratamentos contra a drogadição causam na rubrica do Fundo Estadual da Saúde do Estado do Espírito Santo (FES), ao

---

17. Mestre em Direito – Justiça Administrativa – Faculdade de Direito – Núcleo de Ciências do Poder Judiciário – NUPEJ – Universidade Federal Fluminense – UFF - E-mails: lmnlopes@tjes.jus.br e lmnlopes@hotmail.com.

mesmo tempo em que busca correlacionar essas informações com os resultados advindos da recente pesquisa sobre a judicialização direta e indireta da saúde, empreendida pela 1ª Vara Especializada da Infância e da Juventude da Comarca de Cachoeiro de Itapemirim/ES.

1. Metodologia

Trata-se de pesquisa documental, exploratória, retrospectiva e descritiva com abordagem quali-quantitativa. Os dados analisados foram extraídos dos resultados evidenciados na pesquisa sobre a judicialização direta e indireta da saúde, realizada por Lopes, Asensi e Silva Junior (2016), da base de dados eletrônicos do Portal da Transparência do Governo do Estado do Espírito Santo e das informações fornecidas diretamente pelo Fundo Estadual de Saúde (FES). Ao final, submeteu-se os elementos apurados ao contundente crivo literário das principais ciências envolvidas, procedendo-se à revisão literária.

2. A judicialização da saúde

Com o advento da Carta Magna de 1988, a saúde foi elevada ao *status* de direito de cidadania, tonando-se uma prestação positiva a ser realizada pelo Estado. Contudo, em face das imensas dificuldades enfrentadas pelo Poder Público, sobretudo no que concerne ao subfinanciamento crônico de um sistema de saúde eminentemente universal, a Administração Pública não tem logrado êxito em atender às diretrizes constitucionais e legais, permanecendo em mora perante os cidadãos.

Essa realidade que assola grande parte da população é a principal responsável pela judicialização da saúde, fenômeno através do qual demandas relacionadas ao direito à saúde são levadas ao crivo do Poder Judiciário para resolução definitiva.

Sabe-se que o debate sobre a judicialização da saúde é bastante polêmico e envolve a eterna dicotomia entre o direito individual e o coletivo. Por um lado, a participação do Judiciário pode ser considerada uma atividade positiva, uma vez que pode reduzir as violações de direitos cometidas pelo próprio Estado contra seus cidadãos. Dentro dessa perspectiva, significa "um avanço em relação ao exercício efetivo da cidadania por parte da população brasileira". Por outro lado, representa "um ponto de tensão perante os elaboradores e executores da política no Brasil, que passam a atender um número cada vez maior de ordens judiciais,

garantindo as mais diversas prestações do Estado" (MARQUES, 2008, p. 65-70).

Com efeito, a judicialização da saúde produz sérias consequências em âmbito jurídico, político e social, tendo em vista que recursos inicialmente destinados ao financiamento de programas e serviços públicos de saúde são realocados para atenderem a demandas particulares e isoladas.

Esse desvio de dinheiro público tem causado enormes prejuízos ao SUS, razão pela qual se torna imperioso realizar uma profunda reflexão crítica sobre o papel que vem sendo desempenhado pelos operadores do direito, sobretudo os magistrados. As decisões judiciais emanadas devem, portanto, ser proferidas de forma racional e em estrita observância às leis e políticas públicas de saúde vigentes e não de forma individualizada a todos aqueles que buscam o Poder Judiciário para satisfazer seus interesses pessoais (SILVA, 2008).

Nesse mesmo viés de entendimento, ao tecer comentários sobre *a judicialização do direito a um mínimo existencial,* Perlingeiro (2013, p. 528-529) alertou-nos que, embora essas pretensões judiciais sejam, em regra, individuais, elas são suportadas por recursos financeiros afetos aos próprios serviços públicos de saúde em geral. Assim, conclui o jurista, é necessário que haja "uma maior dimensão e potencialidade à tutela jurisdicional" com vista a assegurar isonomia e equidade entre todos os beneficiários do SUS, e pondera:

> [...] como uma medida jurisdicional individual dessa natureza atinge uma diversidade de usuários daquele mesmo serviço público, signific a que a satisfação da pretensão judicial correspondente deve ser condicionada a uma reestruturação prévia da autoridade administrativa quanto à distribuição dos recursos disponíveis às sucessivas demandas que lhes são apresentadas extrajudicialmente."
>
> È por tal razão que a justicialidade dos direitos aos cuidados da saúde reclama a judicialização prévia ou mesmo, quando necessário, simultânea do direito procedimental equivalente (PERLINGEIRO, 2013, p. 528-529).

Ao entregar a prestação da tutela jurisdicional no âmbito da saúde pública, o magistrado influencia diretamente na atividade estatal, considerando que, inequivocamente, haverá uma inversão dos recursos destinados à coletividade sendo redirecionados em prol de parte específica da população. Entrementes,

em sentido diametralmente oposto, assegurará à parte que teve seu direito fundamental à saúde violado pela Administração Pública a oportunidade de vê-lo materializado.

3. A judicialização direta e indireta da saúde

Durante pesquisa empírica realizada junto à 1ª Vara Especializada da Infância e da Juventude de Cachoeiro de Itapemirim/ES, Lopes, Asensi e Silva Junior (2016) identificaram duas formas de se judicializar a saúde, denominando-as "judicialização direta e indireta da saúde".

No que tange à judicialização direta, os citados autores aduzem que:

> Usualmente, a judicialização da saúde ocorre de forma direta, ordinária em seu nascedouro, vez que a materialização do direito à saúde é o objeto principal da ação ajuizada. Nela, o fluxograma de ações parte do usuário que teve seu acesso às políticas públicas de saúde de alguma forma violado, geralmente em razão da demora ou pela negativa de atendimento. Irresignado, procura o Poder Judiciário como alternativa viável para a resolução de seu problema. Devidamente patrocinado pelo Ministério Público, Defensoria Pública ou Advogado Particular, ajuíza uma ação onde o pleito requerido é o fornecimento de insumo médico ou tratamento de que necessita. Ato contínuo, o juiz defere ou indefere os termos da inicial e a ação segue a sua regular tramitação (LOPES; ASENSI; SILVA JUNIOR, 2016, p. 379-380).

Já em relação à judicialização indireta, ensinam que:

> Na judicialização indireta, a petição que propõe a aplicação de medidas de proteção no âmbito da saúde é interposta de forma superveniente ou incidental, levantada no bojo de um processo que, *a priori*, não fora iniciado por questões relativas à saúde. Seu fluxograma evidencia-se a partir de ações que já se encontram em pleno andamento. [...] Nesse ínterim, com base no art. 98 c/c art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente - o juiz, em decisão interlocutória com efeitos de antecipação da tutela, aplica as medidas de proteção sugeridas, compelindo à Administração Pública a fornecer o medicamento ou tratamento

> de que necessita a criança ou adolescente. Após a intimação da parte demandada (Poder Público), acaso haja resistência, o processo seguirá a tramitação normal de um contencioso judicial, com estrita observância a todas as garantias legais e processuais vigentes, em especial, ampla defesa, contraditório e devido processo legal (LOPES; ASENSI; SILVA JUNIOR, 2016, p. 380).

Com base na citada pesquisa infere-se que tanto a judicialização direta quanto a indireta configuram-se em importantes mecanismos jurídicos de garantia de acesso às ações e políticas públicas de saúde.

4. A judicialização da saúde no Estado do Espírito Santo

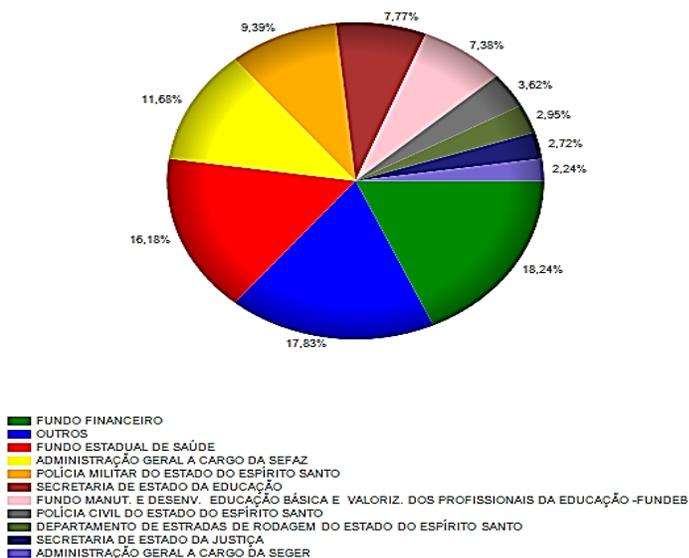
No Estado do Espírito Santo todos os pagamentos destinados a subsidiar o cuidado em saúde são realizados por intermédio do Fundo Estadual de Saúde (FES), inclusive aqueles oriundos de determinações judiciais.

Instituído nos termos do art. 1º da Lei nº 4.873 de 10 de janeiro de 1994, o FES tem por finalidade precípua "criar condições financeiras e de gerência dos recursos destinados a custear o desenvolvimento das ações e serviços de saúde, executados ou coordenados pela Secretaria de Estado da Saúde" (ESPÍRITO SANTO, 1994).

A criação desse fundo operou-se em razão do disposto no art. 4º da Lei Federal nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990 (BRASIL, 1990), o qual estabeleceu que os Estados, assim como os municípios e o Distrito Federal, deveriam contar com um Fundo de Saúde, dentre outros requisitos, para receberem repasses de recursos provenientes do Fundo Nacional de Saúde (FNS).

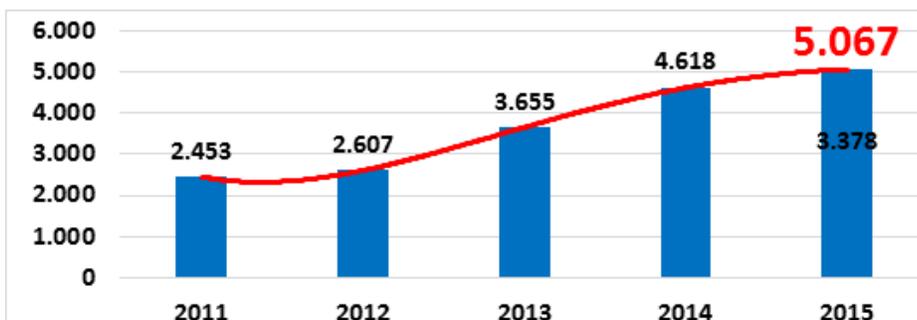
Segundo dados fornecidos pelo portal da transparência[18], o total de receitas apuradas pelo Governo do Estado do Espírito Santo relativo ao período de 2015 foi de R$ 14.656.876.993,89, ao passo que as despesas liquidadas somaram R$ 12.049.711.848,17. Dentre os valores referentes aos gastos, observa-se que os pagamentos realizados por intermédio do FES alcançaram a cifra de R$ 1.949.317.070, 04, o que corresponde a 16,18% do total do quadro de detalhamento de despesas pagas por órgão (GRÁFICO 1).

18. http://www.transparencia.es.gov.br

Gráfico 1 – Detalhamento de despesas por órgão

Fonte: Portal da Transparência. Disponível em: <http://www.transparencia.es.gov.br/graficos/Despesas/Relatorios.aspx?nome =RelatorioDespesasOrgaoUGPago&ano=2015&dataInicio=0101&dataFim=3112>. Acesso em 12/07/2016.

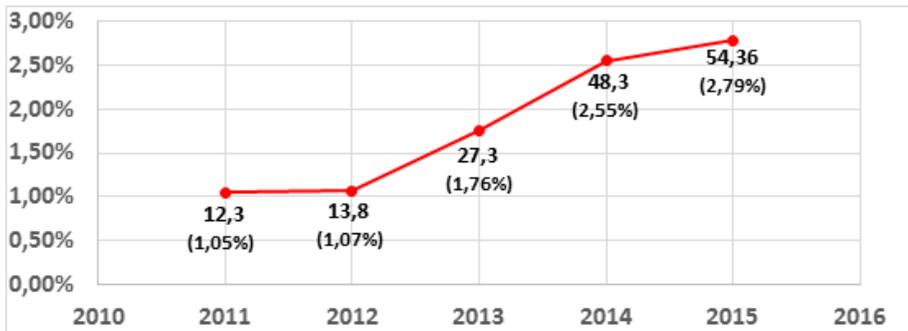
De acordo com as informações veiculadas pelo Governo do Estado do Espírito Santo[19], a judicialização da saúde no território capixaba encontra-se em plena fase evolutiva. Ao se confrontar os dados relativos ao quantitativo de ações ajuizadas durante os anos de 2011 a 2014, verifica-se o aumento exponencial de demandas judiciais. Dessa forma, constata-se que o número de processos saltou de 2.453 em 2011 para 4.618 em 2014, evidenciando um incremento da ordem de 88,25% nesse período. Todavia, os dados divulgados apontam para uma projeção ainda maior de processos ajuizados até final de 2015, cerca de 5.067 (GRÁFICO 2).

19. Números informados pelo então Secretário de Estado da Saúde do Espírito Santo, Ricardo de Oliveira, durante o 3º Congresso Brasileiro Médico e Jurídico "Impacto das Ordens Judiciais no Orçamento Público e o Direito à Saúde", realizado em Vitória/ES, no ano de 2015. Esses dados também foram utilizados para compor o gráfico 3. Disponível em http://slideplayer.com.br/slide/8659157/. Acesso em 24/07/2016.

Gráfico 2 – Quantitativo de processos ajuizados em face do Estado do Espírito Santo

Obs.: Os dados relativos ao ano de 2015 (5.067) referem-se a uma previsão estatística, haja vista que os números inicialmente coletados (3.378) apenas dizem respeito ao quantitativo apurado no período de janeiro a agosto.

Fonte: Governo do Estado do Espírito Santo. Disponível em: <http://slideplayer.com.br/slide/8659157/>. Acesso em 24/07/2016.

O gráfico abaixo (GRÁFICO 3) diz respeito ao impacto financeiro que as decisões judiciais causam nos recursos provenientes do FES. Ele foi construído com base nas informações divulgadas pela Secretaria de Estado da Saúde e dados fornecidos pelo portal da transparência. A análise dos números identificados demonstra que, durante os anos de 2011 e 2012, a judicialização da saúde permaneceu estacionada no Espírito Santo, representando pouco mais de 1% dos gastos realizados anualmente pelo FES. Contudo, a partir de 2013, observa-se uma evolução considerável desse elemento de despesas, o qual chegou a representar, já no exercício de 2015, 2,79% do total dos gastos realizados por intermédio do fundo, alcançando a quantia de R$ 54.363.791,07.

Gráfico 3 – Impacto financeiro das decisões judiciais nos recursos do FES - Elemento de despesa "Sentenças Judiciais"

Obs. 1: Os percentuais informados no eixo vertical referem-se às despesas liquidadas por força de mandado judicial frente ao total de despesas realizadas pelo Fundo Estadual de Saúde.

Obs. 2: Os valores das despesas informados na linha ascendente estão na escala de milhões.

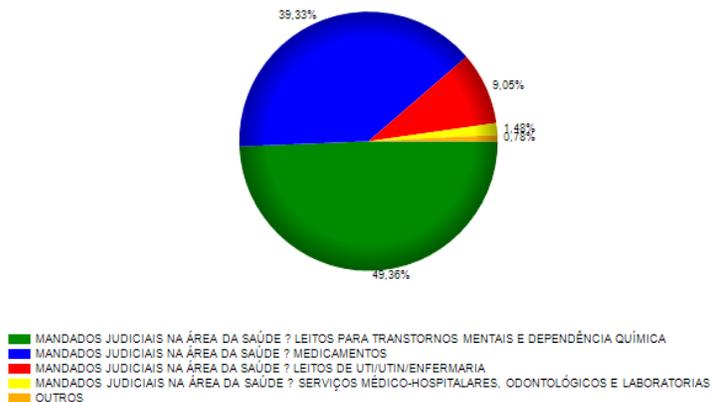
Fonte 1: Governo do Estado do Espírito Santo. Disponível em: <http://slideplayer.com.br/slide/8659157/>. Acesso em 24/07/2016.

Fonte 2: Portal da transparência. Disponível em: <http://www.transparencia.es.gov.br/graficos/Despesas/Relatorios.aspx?nome=RelatorioDespesasOrgaoUGPago&ano=2015&dataInicio=0101&dataFim=3112>. Acesso em 24/07/2016.

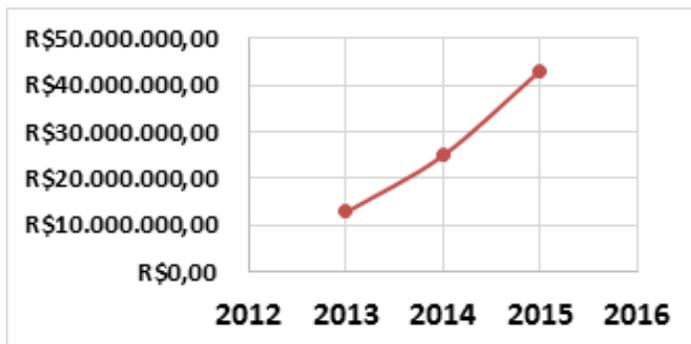
Portanto, as constantes decisões judiciais que tem obrigado o Estado do Espírito Santo a fornecer tratamento ou insumo médico de forma individualizada estão em escala ascendente e causam profundos impactos econômicos nos recursos do FES. Essas circunstâncias têm causado relativa apreensão entre os gestores, na medida em que causam danos diretos em importantes ações, programas e serviços públicos de saúde.

4.1 A judicialização dos tratamentos contra a drogadição

Conforme se depreende do gráfico fornecido pelo portal da transparência (GRÁFICO 4), no ano de 2015, a compra de leitos para tratamento de dependência química e transtornos mentais já respondia por 49,36% do total de pagamentos realizados por força de determinação judicial pelo Fundo Estadual de Saúde. Assim, restou caracterizada notória concentração de pedidos na área de saúde mental.

Gráfico 4 – Detalhamento de despesas realizadas no exercício de 2015 com a compra de leitos para tratamento contra a drogadição e transtornos mentais – Elemento de despesa "sentenças judiciais"

Fonte: Portal da Transparência. http://www.transparencia.es.gov.br/graficos/Despesas/Relatorios.aspx?nome=RelatorioDespesasOrgaoUGPago&ano=2015&dataInicio=0101&dataFim=3112. Acesso em 12/07/2016.

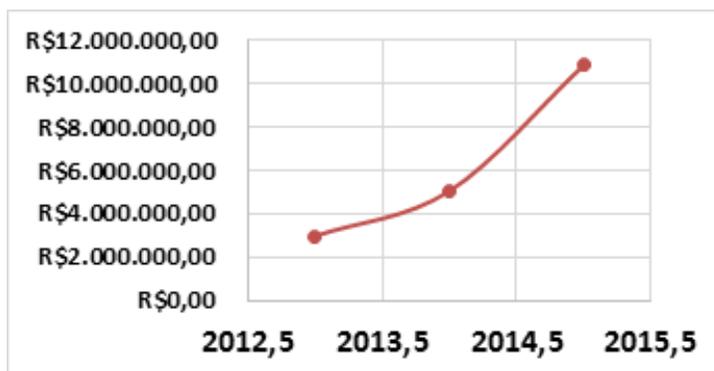
Os números fornecidos pelo Fundo Estadual de Saúde (FES), solicitados pela 1ª Vara Especializada da Infância e da Juventude da Comarca de Cachoeiro de Itapemirim/ES e posteriormente transformados em gráficos (GRÁFICOS 5 e 6), revelam que o total de despesas liquidadas com a compra de leitos para tratamento de dependentes químicos e transtornos mentais, realizada por força de determinação judicial, saltou de R$ 12.741.927,23 em 2013 para R$ 43.064.574,82 em 2015. A análise desses dados evidencia um aumento de 237,97% do total de recursos que tiveram que ser redirecionados do FES para atenderem a demandas relativas à saúde mental.

Gráfico 5 – Despesas liquidadas nos exercícios de 2013/2014/2015, por força de mandado judicial, com a compra de leitos para tratamento de Transtornos Mentais/Dependência Química

Fonte: Governo do Estado do Espírito Santo.

Apesar dos dados fornecidos tratarem simultaneamente da compra de leitos para tratamento contra a drogadição e transtornos mentais é evidente que as questões relacionadas ao uso ou abuso de drogas respondem pela ampla maioria das demandas. Tal assertiva pode ser corroborada a partir de uma análise sistemática da planilha fornecida pelo Fundo Estadual da Saúde à 1ª Vara Especializada da Infância e da Juventude de Cachoeiro de Itapemirim/ES. Nela, identifica-se que a maior parte das instituições contratadas dedicam-se exclusivamente ao tratamento de transtornos mentais relacionados à toxicodependência.

Nesse sentido, observa-se que o maior valor liquidado na citada planilha enviada pelo FES pertence ao "Instituto Assistencial de Atenção ao Uso de Drogas Nova Aliança". A instituição, cuja sede encontra-se localizada em Piúma, cidade litorânea do sul do Estado do Espírito Santo, presta serviços exclusivos de atenção a pessoas com transtornos mentais e comportamentais devido ao uso, abuso ou dependência de substâncias psicoativas.

No que tange aos pagamentos realizados ao Instituto Nova Aliança com a compra de leitos, verifica-se que os gastos computados nos exercícios de 2013/2014/2015 saltaram de R$ 2.944.125,00 (2013) para R$10.859.420,00 (2015), o que demonstra um incremento da ordem de 268,85%. Durante esse período, as despesas liquidadas somaram R$ 18.829.280,00.

Gráfico 6 – Total de despesas liquidadas nos exercícios de 2013/2014/2015 junto ao "Instituto Assistencial de Atenção ao Uso de Drogas Nova Aliança"

Fonte: Governo do Estado do Espírito Santo.

Decerto, os números apresentados pelos gráficos 5 e 6 apontam que a judicialização do cuidado em saúde mental no Estado do Espírito Santo encontra-se em franca expansão, haja vista o constante acréscimo de despesas realizadas por força de decisões judiciais.

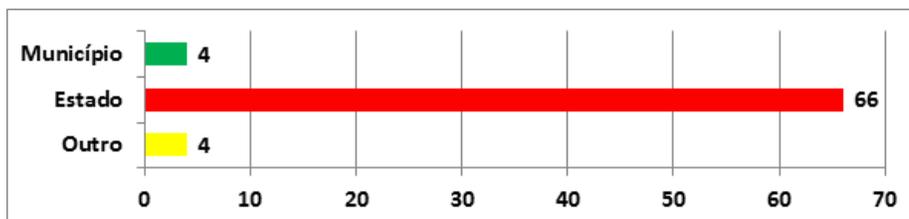
Essa constatação não passou despercebida pela Secretaria Estadual da Saúde do Espírito Santo (SESA), a qual reuniu o corpo técnico do setor de "judicialização" e deliberou "transformar em atividades o diagnóstico e os problemas apontados em avaliação". Pari passu, decidiu avaliar as instituições que patrocinam essas demandas específicas, priorizando ações com objetivos táticos, operacionais e estratégicos (DANTAS ET AL, 2015, p. 5).

Ao se identificar a alta concentração de pedidos de internação para dependentes químicos em algumas varas e comarcas, propôs-se realizar um "detalhamento da situação para se encontrar um fluxo razoável e que contemple verdadeiramente os interesses dos pacientes", reconhecendo-se o dever do estado em estabelecer "uma política concreta e de resposta efetiva aos cidadãos interessados". Por fim, dentre as medidas sugeridas, destacou-se a qualificação dos profissionais, o direcionamento dos fluxos, a adoção de um termo de referência para o credenciamento e a aquisição de internações como possíveis soluções viáveis frente à problemática suscitada (DANTAS ET AL, 2015, p. 5).

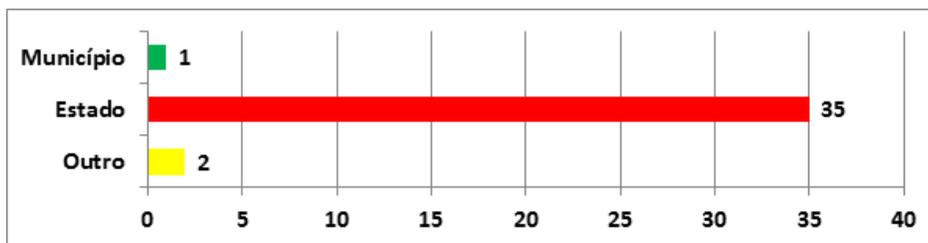
5.2 A judicialização dos tratamentos contra a drogadição na 1ª Vara Especializada da Infância e da Juventude de Cachoeiro de Itapemirim/ES

A pesquisa científica realizada junto à 1ª Vara Especializada da Infância e da Juventude da Comarca de Cachoeiro de Itapemirim/ES, devidamente citada alhures, identificou e analisou os principais elementos e características que permeiam os fenômenos da judicialização direta e indireta da saúde, merecendo destaque os resultados obtidos quanto ao polo passivo demandado e os tratamentos e insumos médicos que foram pleiteados.

No que se refere ao polo passivo demandado na judicialização direta da saúde, verificou-se que o Estado do Espírito Santo figurou como réu em 89,20% dos processos (66), ao passo que o município de Cachoeiro de Itapemirim foi requerido em apenas 5,40% dos casos (4) (GRÁFICO 7).

Gráfico 7 – Polo passivo demandado na judicialização direta

Fonte: do autor.

Já em relação à judicialização indireta da saúde, constatou-se que o estado capixaba foi requerido em 92,10% dos pedidos supervenientes interpostos (35). Em sentido diametralmente oposto, o município de Cachoeiro de Itapemirim/ES foi demandado em apenas 2,63% das ações nas quais se evidenciou essa espécie de judicialização, possuindo apenas 1 pedido (GRÁFICO 8).

Gráfico 8 – Polo passivo demandado na judicialização indireta

Fonte: Lopes, Asensi e Silva Júnior (2016).

A leitura dessas informações demonstra que os índices relacionados ao polo passivo demandado encontram-se bem próximos entre as duas formas de judicialização da saúde estudadas, apresentando simetria em relação aos resultados apurados.

O elevado percentual de ações contra o Estado do Espírito Santo, identificado neste trabalho, guarda verossimilhança com a pesquisa "Diagnóstico das Ações Judiciais Direcionadas à Secretaria de Estado da Saúde do Espírito Santo" (ESPÍRITO SANTO, 2010, p. 19), na qual se identificou que a Comarca de Cachoeiro de Itapemirim/ES, quando em análise comparativa populacional frente aos demais municípios, apresentava alto percentual de ações judiciais em face do estado. O documento revela a preocupação dos gestores frente à anomalia diagnosticada e pondera a "urgente necessidade de se traçar uma estratégia de intervenção nesse município".

Por fim, a citada pesquisa constatou que 43,5% das decisões judiciais que emanaram das varas de Cachoeiro de Itapemirim/ES compeliram o estado ao fornecimento de medicamentos da atenção básica, ou seja, que são da obrigatoriedade do município.

Dessa forma, restou provada que a repartição tripartite de competências, estabelecida e regulamentada pela Política Nacional de Medicamentos (PNM), não foi devidamente observada pelo Poder Judiciário.

Nesse mesmo sentido, infere-se que as reiteradas decisões que obrigaram o Estado do Espírito Santo a fornecer tratamento contra a drogadição (VIDE TABELAS 1 E 2) não seguiram as diretrizes adotadas pela Política Nacional Sobre Drogas (PNAD), a qual se norteia pelo princípio da responsabilidade compartilhada entre todos os entes e níveis da federação (BRASIL, 2011).

Decerto, as decisões emanadas em primeira instância carecem de maior rigor legislativo e de profundo conhecimento sobre políticas públicas de saúde, sobre-

tudo por envolverem questões eminentemente interdisciplinares e intersetoriais, evitando-se sobrecarregar um ente federativo em detrimento de outro.

4.2.1 Tratamentos e insumos pleiteados

Malgrado os índices apurados tenham demonstrado que houve relativa pulverização dos tratamentos e insumos pleiteados em sede de judicialização direta da saúde, o estudo em análise revelou que o maior percentual de pedidos ajuizados se refere a tratamentos contra a drogadição infanto-juvenil. Desse modo, aquilatou-se que as consultas especializadas que tinham como objetivo indicar o melhor tratamento contra a toxicodependência (12,50%) e as internações (8,75%) responderam por 21,25% do total de insumos e tratamentos pleiteados originariamente. Os alimentos/leites (12,5%), exames (10%), medicamentos (7,5%) e cirurgias (13,75%) também responderam por significativos índices desse quesito (TABELA 1).

Tabela 1 – Tratamentos e insumos pleiteados que foram deferidos na judicialização direta

Insumos e Tratamentos	Quantitativo	Percentual
Alimentos, Leites e assemelhados	10	12,5%
Cadeiras de Rodas, Órteses, Próteses e Aparelhos Auditivos	03	3,75%
Consulta Especializada: Psiquiatria ou Psicologia	05	6,25%
Consulta Especializada: Psiquiatria ou Psicologia, Objetivando Indicar o Melhor Tratamento Contra Drogadição	10	12,5%
Outras Consultas Médicas Especializadas	2	2,5%
Exames	8	10%
Fraldas	6	7,5%
Lentes Especiais	1	1,25%
Medicamentos	6	7,5%

Procedimentos cirúrgicos	11	13,75%
Tratamentos Especializados	3	3,75%
Tratamento Especializado Therasuit	5	6,25%
Tratamento Odontológico	1	1,25%
Tratamento Contra Drogadição em Nível de Internação	7	8,75%
Outros	2	2,5%
Total	80	100%

Fonte: dos autores.

No âmbito da judicialização indireta da saúde (TABELA 2), a pesquisa revelou que 34% dos pedidos interpostos diziam respeito à consulta especializada com a finalidade de indicar o melhor tratamento contra a dependência química e 18,2% versavam sobre tratamento contra a drogadição em nível de internação. Assim sendo, conclui-se que a maior parte dos pedidos demandados de forma superveniente também estiveram relacionados a tratamentos contra a toxicodependência de crianças e adolescentes, eis que somaram 52,2% do total dos tratamentos e insumos concedidos.

Tabela 2 – Tratamentos e insumos pleiteados que foram deferidos na judicialização indireta

Insumos e Tratamentos	Quantitativo	Percentual
Consulta Médica Especializada: Neuropediatria	07	15,9%
Consulta Médica Especializada: Oftalmologia	01	2,3%
Consulta Especializada: Psiquiatria ou Psicologia	11	25%

Consulta Especializada: Psiquiatria ou Psicologia, Objetivando Indicar o Melhor Tratamento Contra Drogadição	15	34%
Consulta Especializada: Psiquiatria ou Psicologia, Objetivando Indicar o Melhor Tratamento Contra Drogadição para os Genitores ou Responsáveis	1	2,3%
Encaminhamento da Família ao Programa Estratégia Saúde da Família	1	2,3%
Tratamento Contra Drogadição em Nível de Internação	8	18,2%
Total	44	100%

Fonte: Lopes, Asensi e Silva Junior (2016).

Os dados revelados pelas tabelas 1 e 2 demonstram que o cuidado em saúde mental, especificamente direcionado ao tratamento contra a drogadição, tem sido o mais importante gargalo da saúde infanto-juvenil que fora judicializado de forma direta (ordinária) ou indireta (superveniente) no juizado estudado.

Hodiernamente, como é cediço, as questões relacionadas ao uso e abuso de drogas constituem grave problema de saúde pública, especialmente se envolverem crianças e adolescentes, devendo ser tratadas com urgência e tecnicidade pelos órgãos de gestão sanitária.

Os resultados obtidos apontam para uma problemática que é inerente à grande parte dos municípios brasileiros e não somente Cachoeiro de Itapemirim/ES: a ausência de políticas públicas específicas contra a toxicomania de crianças e adolescentes.

Em recente pesquisa realizada, Leal, Santos e Jesus (2014) identificaram que em todo o Estado do Espírito Santo existia somente um Centro de Atenção Psicossocial – Álcool e Drogas Infanto-juvenil (CAPS-i), estabelecido em Vitória, capital. Essa constatação vai de encontro à diretriz 2.2.5 da Política Nacional sobre Drogas (PNAD), formulada pela Secretaria Nacional de Políticas Sobre Drogas (SENAD), a qual estabelece que as diversas modalidades de tratamento devem atender às demandas específicas de alguns grupos, em especial, crianças e adolescentes (BRASIL, 2011).

Corroborando com a assertiva acima descrita, Raupp e Sapiro (2009, p. 446) aduzem que o encaminhamento de crianças e adolescentes para realizarem tra-

tamentos contra a toxicodependência em espaços destinados a adultos não é apropriado e encontra-se em assimetria frente às principais políticas públicas desenvolvidas pelo setor e pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente. Ao final, concluem que "[...] o tratamento da drogadição para adolescentes destaca-se como uma 'questão problema', devido à escassez de locais adequados e de profissionais capacitados para atender às demandas singulares desse público".

Destarte, o estudo indicou notória fragilidade das políticas públicas de saúde desenvolvidas pelo Estado do Espírito Santo e pelo município de Cachoeiro de Itapemirim/ES, especialmente na área da saúde mental. Ao mesmo tempo, restou provada a insuficiência de programas e de ações específicas contra a dependência química de crianças e adolescentes, haja vista o reduzido número de CAPS-i, de leitos para internação e de profissionais capacitados na recuperação de usuários e toxicômanos.

CONCLUSÃO

Os resultados apurados na presente pesquisa demonstraram que a judicialização da saúde no Estado do Espírito Santo encontra-se em franca expansão. Somente no período compreendido entre 2011 a 2014, o número de processos ajuizados anualmente saltou de 2.453 para 4.618, o que revela um aumento da ordem de 88,25% no quantitativo de ações que foram impetradas em face do estado.

Essas demandas produzem sérios impactos econômicos nos recursos do Fundo Estadual de Saúde (FES), os quais são utilizados para subsidiar o cuidado à saúde da população em geral. Segundo informações prestadas pelo Governo do Estado do Espírito Santo, os gastos realizados em cumprimento às sentenças judiciais chegaram a consumir 2,79% do total do ordenamento de despesas liquidadas pelo FES no período de 2015, alcançando a cifra de R$ 54.363.791,07.

Dentre os principais elementos evidenciados pela pesquisa, merece destaque a alta concentração de pedidos que versavam sobre a compra de leitos para tratamentos contra a drogadição e transtornos mentais, os quais responderam por 49,36% do total de pagamentos efetivados por força de determinação judicial, no ano de 2015, pelo governo capixaba.

Os números identificados em nível estadual guardam simetria e denotam verossimilhança frente aos dados apontados pela recente pesquisa sobre a judicialização direta e indireta da saúde, realizada pela 1ª Vara Especializada da Infância e da Juventude da Comarca de Cachoeiro de Itapemirim/ES. No citado estudo, aquilatou-se que a ampla maioria dos pedidos ajuizados de forma di-

reta (originária) ou indireta (supervenientes) também estavam relacionados a tratamentos contra a dependência química.

Dessa forma, constata-se que as questões relacionadas à toxicodependência têm atingido importante camada da população adulta e infanto-juvenil, configurando-se em grave problema de saúde pública a ser enfrentada pelos gestores públicos de forma técnica, dialógica e interdisciplinar.

Com base nos elementos apurados e na identificação dos obstáculos a serem superados, merece destaque a importância de se estabelecer diálogo entre o Poder Público constituído, profissionais da área da saúde e a sociedade civil organizada. Essa ampla e salutar parceria possui como objetivo principal elaborar e implementar políticas públicas de saúde inexistentes, bem como aperfeiçoar aquelas que já estão em pleno funcionamento.

Nesse sentido, esforços poderão ser envidados no intuito de se desenvolver políticas públicas de saúde especificamente direcionadas ao tratamento contra a drogadição de crianças e adolescentes, uma vez que elas praticamente inexistem nos municípios capixabas. Pari passu, conforme salientou a própria Secretaria de Estado da Saúde (SESA), deve-se aprimorar os programas contra a toxicodependência já existentes para os adultos, estabelecendo-se metas relacionadas à qualificação dos profissionais de saúde, direcionamento dos fluxos, adoção de um termo de referência para o credenciamento e a aquisição de internações.

Referências

BRASIL. Lei 8.142/1990, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências**. Diário Oficial da União**. Brasília, 31 dez. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em: 24 de jul. 2016.

______. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional sobre Drogas - SENAD. **Legislação e Políticas Públicas sobre Drogas no Brasil. Brasília, DF, 2011.** Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/politicas-sobre-drogas/cartilhas-politicas-sobre-drogas/2011legislacaopoliticaspublicas.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2016.

DANTAS, Anselmo; MAGESTE, Rosane; MATTOS, Victor W.; ESTEVES, Carolina B. O fenômeno da judicialização da saúde como estratégia de acesso aos

serviços de saúde. **Coleção para entender a gestão do SUS – Direito à saúde.** Conass. 1ª ed. 2015. Disponível em: <http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_19.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2016.

ESPÍRITO SANTO. Lei nº 4.873/1994, de 10 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a criação do Fundo Estadual de Saúde - FES - e dá outras providências. **Diário Oficial.** Vitória, ES, 14 jan. 1994. Disponível em: <http://www.al.es.gov.br/antigo_portal_ales/images/leis/html/LO%204873.html>. Acesso em: 09 jul. 2016.

______. Secretaria de Estado da Saúde. **Diagnóstico das ações judiciais direcionadas à Secretaria de Estado da Saúde do estado do Espírito Santo**. Vitória, 2010. Disponível em: <http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Material_%20CONSAD/paineis_III_congresso_consad/painel_9/diagnostico_das_acoes_judiciais_direcionadas_a_secretaria_de_estado_da_saude_do_espirito_santo.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2016.

LEAL, Fabíola Xavier; SANTOS, Caroline Christine Moreira dos; JESUS, Renata Santos de. **Políticas de atenção às questões relacionadas ao consumo de álcool e outras drogas no Espírito Santo**. 78 f. Relatório de pesquisa – Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas – Departamento de Serviço Social - Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, 2014.

LOPES, Luciano Motta Nunes; ASENSI, Felipe Dutra; SILVA JÚNIOR, Aluísio Gomes da. A judicialização indireta da saúde: um estudo de caso sobre a experiência da 1ª Vara Especializada da Infância e da Juventude da Comarca de Cachoeiro de Itapemirim. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni; MUTIZ, Paula Arévalo (Orgs.). **Saúde e Sistema de Justiça**. 1a ed. Rio de Janeiro: Multifoco, 2016. P. 375-401.

MARQUES, Silvia Badim. Judicialização do direito à saúde. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo, v. 9, n. 2, p. 65-72, 2008. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13117/14920 >. Acesso em 19 out. 2015.

PERLINGEIRO, Ricardo. Novas perspectivas para a judicialização da saúde no Brasil. **Revista Scientia Iurídica**, Braga/Portugal, Tomo LXII. 2013, n. 333,

p. 519-539, Dez. 2013.

RAUPP, Luciane; SAPIRO, Clary Milnitsky. Adolescência, drogadição e políticas públicas: recortes no contemporâneo. **Estudos de Psicologia**. Campinas, 2009, outubro-dezembro, p. 445-454. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/estpsi/v26n4/05.pdf>. Acesso em 05 jul. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais:** fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 587-599.

JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS: CRITÉRIOS DE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Manuel Maria Antunes de Melo[20]

Introdução

A justiciabilidade[21] dos direitos fundamentais é tema caro à seara dos direitos humanos, visto que implica em sua força vinculante no contexto dos ordenamentos jurídicos nacionais, dotando-os de plena efetividade jurídica.

Em *A Era dos Direitos,* Bobbio (2004, p. 31) destaca que, quando os direitos do homem ainda eram considerados unicamente como *direitos naturais,* a única defesa possível contra a violação pelo Estado era o exercício de um outro direito, igualmente natural: o direito de resistência, o que implicava, entretanto, em desobediência civil. Na contemporaneidade, todavia, como as Constituições reconheceram proteção jurídica a uma gama desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado – e também contra os particulares.

Já Fábio K. Comparato lembra que o princípio da judicabilidade[22] de todo e qualquer direito fundado em norma constitucional remonta ao célebre *case Marbury v. Madison* decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no ano de 1803. E, como os direitos humanos passaram a integrar o rol de direitos fundamentais das diferentes Constituições dos Estados Americanos, [...] *reconheceu-se que a primeira e fundamental garantia desses direitos era de natureza judicial.* (COMPATATO, 2010, p. 125-127).

---

20. Mestrando em Direitos Humanos da Universidade Católica de Petrópolis(RJ). Endereço eletrônico: juizmanuelmaria@gmail.com

21. Entendida como tal a [...] possibilidade de pessoas que se consideram vítimas de violações a esses direitos ajuizarem demandas perante uma autoridade imparcial e requererem remédios legais ou reparações adequados em face de uma violação ou ameaça de violação a esses direitos. (COURTIS, 2008. p. 487).

22. Empregar-se-á, ao longo do texto, os termos sinônimos de justiciabilidade: judicabilidade, judicialidade e direitos justiciáveis.

Para Alexy, a completa possibilidade de arguição perante o Judiciário, que atinge a totalidade das normas constitucionais, é um dos tesouros da Lei Fundamental Alemã, razão pela qual:

> A todas as tentativas de suavizar o problema da colisão [de direitos fundamentais] pela eliminação da justicialidade deve opor-se com ênfase. [...] A primeira decisão fundamental para os direitos fundamentais é, por conseguinte, aquela para a sua força vinculativa jurídica ampla em forma de justicialidade. (ALEXY, 2011, p. 63).

Diferentemente do que ocorre em relação aos direitos civis e políticos, cuja justiciabilidade parece consagrada, Christian Courtis (COURTIS, 2008. p. 487) anota que uma menor importância tem sido ao desenvolvimento de mecanismos de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC).

Desta imprevisão resulta que os parâmetros de judicabilidade dos DESC ainda não foram devidamente consolidados, constituindo fonte de inesgotáveis questionamentos, especialmente no que concerne ao direito à saúde.

1. A judicialização da saúde no Brasil

O art. 196 da Constituição Federal Brasileira de 1988 (CFB/1988) arquitetou a saúde como direito de todos e dever do Estado, direito esse a ser garantido *"[...] mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".*

No Brasil, a tutela jurídica do direito à saúde tem se deslocado do âmbito das instituições tradicionais, especialmente daquelas ligadas ao Poder Executivo, para o campo das instituições jurídicas, fenômeno esse iniciado a partir da nova ordem constitucional inaugurada pela CFB/1988 – *e que se agigante numa crescente espiral preocupante e desafiadora* –, o que se convencionou denominar de *judicialização da saúde.*

A esse fenômeno judicializante se levantam objeções dos mais variados matizes. Uma delas[23] está ligada à ilegitimidade do Poder Judiciário para intervir em políticas públicas de competência dos demais Poderes de Estado, ensejando uma distorção sistêmica. Argumenta-se que, estando o juiz focado no julgamen-

23. As demais serão melhor abordadas no capítulo seguinte.

to de uma demanda – *individual ou coletiva* – não disporia de elementos para aquilatar, adequadamente, todas as variáveis que gravitam as políticas públicas governamentais, juízo este melhor exercido pela Administração Pública através do seu complexo sistema de órgãos consultivos e deliberativos.

De obtemperar, desde logo, que o poder-dever do Judiciário controlar as ações dos demais Poderes decorre do arranjo institucional desenhado na CFB/1998[24], integrando a própria tradição de nosso Direito Constitucional que, inspirado no modelo americano, adotou como princípio o *judicial review* inaugurado pelo célebre caso *Marbury* v. *Madison* (LAGO, 2010). Logo, embora constitua fonte de copiosos estranhamentos institucionais, claro está que no *judicial review* se alberga a chave do sistema *checks and balances* que possibilita ao Judiciário desfrutar, em nosso sistema constitucional, do mesmo *status* esboçado pelos demais Poderes de Estado.

Sob esta ótica é que se refuta a objeção de que juízes e tribunais não teriam legitimidade para intervir em políticas públicas em razão da respectiva forma de investidura: através de concurso público, e não pelo voto popular. Na realidade, qualquer que seja a forma de investidura dos órgãos judiciais, claro está que a atividade de *traçar políticas públicas e realizar opções administrativas* será tão estranha ao quotidiano dos juízes e tribunais quanto proferir uma sentença para os agentes dos demais Poderes. Isso não implica, evidentemente, que a legalidade e a constitucionalidade de políticas públicas estejam excluídas da apreciação judicial[25], exatamente porque o sistema de freios e contrapesos legitima a que o Judiciário, quando legitimamente provocado, intervenha em qualquer atividade administrativa para aquilatar sua regularidade à luz dos critérios preditos no art. 37, *caput,* da CFB/1988, a saber: a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, sem que se possa acoimar de ingerência indevida do Judiciário na atividade dos demais entes estatais.

Não obstante, procura-se conter o intervencionismo judicial mediante a necessidade do desenvolvimento de uma cultura de autocontenção do Judiciário

---

24. Neste sentido, o STF tem assim assentado: Este Tribunal entende que reconhecer a legitimidade do Poder Judiciário para determinar a concretização de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando houver omissão da administração pública, não configura violação do princípio da separação dos poderes, haja vista não se tratar de ingerência ilegítima de um poder na esfera de outro. (STF, 2014).

25. Conforme tese aprovada pelo STF no RE 592.581-RS (Repercussão Geral): É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. (STF, 2016b).

frente às escolhas e opções políticas legitimamente realizadas pelo demais Poderes de Estado, o que se dá quando juízes e tribunais:

> [...] i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. (BARROSO, 2009a, p. 22-23).

2. Objeções à judicialização da saúde no Brasil

Outras objeções têm sido levantadas à judicialização da saúde no Brasil.

Uma das mais frequentes tem como base a *natureza programática* da norma constitucional definidora do direito à saúde, na medida em que o art. 196 da CFB/1988 deixa claro que a garantia do direito à saúde se dará por meio de *políticas sociais e econômicas, e não através de decisões judiciais*.

Essa objeção tem como pano de fundo a classificação das normas constitucionais, em relação à sua aplicabilidade, em normas de eficácia plena, contida e limitada (MORAES, 2003, p. 41).

Conforme essa classificação, a norma do art. 196 seria meramente "programática" ou "contida", na medida em que encerraria não mais que um programa, uma recomendação de agir endereçada ao legislador derivado, compatível com aqueles situações em que o legislador constituinte:

> [...] regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos em que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados. (SILVA, 1982, p. 89).

Com efeito, partindo de uma concepção demasiado restritiva do texto constitucional, essa corrente tende a reduzir os direitos sociais a uma categoria meramente *aspiracional* ou *programática*, a serem implementados de forma *pro-*

gressiva[26], em contraposição aos direitos civis e políticos, tidos como modelo de direitos plenamente justiciáveis.

Entretanto, obtempera-se que, embora alguns aspectos dos DESC estejam, de fato, sujeitos à realização progressiva, há uma série de deveres que obrigam imediatamente os Estados, de tal modo que:

> [...] os tribunais tem feito bom uso dessa distinção, sustentado em vários casos que o reconhecimento de um direito que seja econômico, social ou cultural na constituição ou, quando aplicável, em um instrumento de direitos humanos, compreende alguns deveres imediatos em que noções tal como a da "realização progressiva" ou análogas não exercem qualquer papel. (COURTIS, 2008, p. 492-493).

De fato, a despeito do caráter programático da norma extraída do citado art. 196, o STF tem trilhado o caminho sugerido por Courtis, evoluindo na sua própria jurisdição constitucional para assentar que:

> A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos (STF, 2016a).

Uma segunda vertente questiona a impropriedade de se reduzir o problema da implementação do direito à saúde à mera interpretação de preceitos constitucionais. Neste sentido, os imperativos que reclamam a plena efetivação dos direitos sociais não deveriam ser colonizados[27] pela discussão sobre a conveniência ou não de atribuir-se ao Judiciário a prerrogativa de aplicar, de maneira direta e imediata, o preceito que positiva o direito à saúde (BARROSO, 2009b, p. 44).

---

26. Natureza essa que seria confirmada pela noção de realização progressiva incluída no art. 2.1 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

27. Felipe Asensi adverte que o protagonismo das instituições jurídicas brasileiras não está isento de contradições, dos quais seriam exemplos os obstáculos de acesso à justiça e ao direito, que contribuem para uma relativa "colonização" da judicialização da saúde, ao menos de forma predominante, por um determinado perfil socioeconômico. (ASENSI, 2013, p. 813), posição essa perfilhada por Barroso, par quem: [...] quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres (BARROSO, 2009b, p. 46).

De fato, para aquém e além da questão da eficácia das normas constitucionais, deve-se ter em mente que o adequado gerenciamento dos recursos públicos disponíveis ainda é o melhor caminho para se obter o máximo de eficiência em matéria de políticas públicas e prestação de serviços pelos entes estatais. Neste sentido, Barroso (2009b, p.44) sugere que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é atribuir ao Poder Executivo - que possui visão global[28] tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas - a competência para coordenar as respectivas ações.

Destaca-se, ainda, uma terceira objeção à judicialização da saúde, desta feita ligada à questão da legitimidade democrática. Parte-se do pressuposto de que, sendo os recursos públicos obtidos diretamente através da cobrança de impostos, se impõe, naturalmente, que ao cidadão – que paga os impostos – caiba decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. Nesta tarefa se compreende, evidentemente, a prerrogativa de fazer escolhas: *v.g.* priorizar medidas preventivas de proteção à saúde ou direcionar a maior parte dos recursos públicos no sistema de educação básica, etc. Essas decisões, compatíveis com o sistema de proteção dos direitos fundamentais, são da essência do regime democrático e, como tais, deveriam ser tomadas pelos próprios cidadãos, por si ou por meio de representantes eleitos.

Não obstante, a forma peculiar de reivindicação de direitos no Brasil, centralizada na figura do Estado-provedor, levou boa parte da população a incorporar as instituições jurídicas, em especial, as instâncias judiciais, como estratégia privilegiada de ação, notadamente no que se refere à busca de concretização do direito à saúde (ASENSI, 2013, p. 813).

Essa estratégia parece atender, também, a uma necessidade institucional do próprio Judiciário, que busca legitimar-se a partir de um discurso retórico que exclui o voto popular como única via de acesso ao exercício legítimo do Poder[29]. Essa legitimação, que se dá, *a priori,* pela estrita observância do procedimento de investidura estatuído no texto constitucional, não é excludente, evidentemente, de uma estratégia adicional por meio da qual os membros do Judiciário tem buscado uma maior aproximação com o conjunto da sociedade, permitindo-se uma atitude dialógica[30] em face das aspirações sociais mais relevantes, panorama este em parte corroborado por Asensi quando coloca que:

---

28. Em contraste, o juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro justiça, ao invés da macro justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública (BARROSO, 2009b, p. 47).

29. Tema exposto com maior detalhamento no capítulo 1 deste artigo.

30. Daí porque no Brasil caminhou-se de um “fechamento” judicial para a judicialização radical, enquanto em Portugal verificou-se fenômeno inverso (ASENSI, 2013, p. 810).

> [...] Quando mais se acreditou que o Judiciário seria um ator privilegiado na efetivação da saúde, maior foi seu fortalecimento institucional interno (de forma corporativa) e externo (com a judicialização da saúde). As esferas representativas ou participativas que se constituíram na saúde passaram a conviver com a esfera judicial, que ocupou um espaço privilegiado – apesar de não exclusivo – na efetivação do direito à saúde. (ASENSI, 2013, p. 813).

Todavia, a objeção mais frequente à judicabilidade dos direitos sociais reside naquela formulada sob a denominação de *"reserva do possível"*. Essa dimensão econômica está na raiz da doutrina que considera, diferenciadamente, os direitos sociais no conjunto dos direitos fundamentais, em relação aos quais a *reserva do possível* passa a constituir limitação imanente, de forma que o Estado só estaria obrigado a realizá-los na medida em que dispusesse dos recursos orçamentários necessários a sua implementação no mundo dos fatos (NOVAIS, 2010, p. 91).

Isso não quer dizer, evidentemente, que os tradicionais direitos de liberdade possam ser garantidos sem ônus para o Estado. Pelo contrário, no mundo da vida, os direitos de liberdade estão tão dependentes das disponibilidades financeiras do Estado quanto à realização fática dos direitos sociais; além disso, os próprios direitos sociais acabam por se constituírem pressupostos fáticos do exercício dos direitos de liberdade, pois como parece elementar:

> Uma democracia não se constrói com fome, miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão. *A democracia só é um processo ou procedimento justo de participação política se existir uma justiça distributiva no plano dos bens sociais.* A juridicidade, a sociabilidade e a democracia pressupõem, assim, uma base jusfundamental incontornável, que começa nos direitos fundamentais da pessoa e acaba nos direitos sociais (CANOTILHO, 2008, p. 252).

Não obstante, a questão ganha contornos característicos quando se considera que, em relação aos direitos sociais, a "reserva do possível" invade o próprio plano jurídico, ou seja, é o próprio direito que está intrinsecamente condicionado pela "reserva do possível", e não apenas as condições de sua efetividade

social ou da sua realização optimizada, como se dá com os direitos de liberdade, conjuntura em que:

> [...] a "reserva do possível" invade o próprio plano normativo do direito social quando o seu objeto a título principal se traduza, como dissemos, numa prestação financeira ou numa prestação fáctica directa ou imediatamente convertível em prestação financeira. (NOVAIS, 2010, p. 100).

Por conseguinte, num cenário de *escassez moderada de recursos* de que o Estado pode dispor, comum nas economias subdesenvolvidas ou em desenvolvimento, há sempre esse condicionamento inevitável: a obrigação jurídica que recai sobre os poderes públicos por força do reconhecimento de um direito social encerra um dever jurídico dependente do respectivo custo. Esta restrição, sintetizada na expressiva locução *reserva do financeiramente possível,* implica na definição de prioridades, na realização de escolhas e opões políticas na seleção e distribuição de recursos públicos sempre escassos e insuficientes para atender ao cipoal de necessidades e interesses individuais de acesso a bens econômicos, sociais ou culturais.

Neste contexto, claro está que a implementação dos direitos sociais, levada a cabo pela via jurisdicional, não pode olvidar as limitações orçamentárias do respectivo ente público, sob à égide da *reserva do financeiramente possível.* Entretanto, pontua-se que esta objeção não pode servir de uma válvula de escape, um salvo-conduto que possibilite aos agentes do Estado desprezar as prestações sociais já definidas na Constituição Federal, ou na legislação complementar correspondente, sob a pura e simples alegação de ausência de recursos, sem que se demonstre ao órgão jurisdicional e, em especial, aos jurisdicionados, o efetivo e inescusável comprometimento das finanças públicas – e políticas governamentais atinentes - em caso de deferimento de determinada medida jurisdicional que implique alocação de recursos públicos vultosos.

3. Critérios de justiciabilidade do direito à saúde

A possibilidade de acionar o poder judicial por iniciativa e no interesse individual constitui o próprio cerne da existência de *direitos.* Negar essa possibilidade sob o argumento de que há outros que não recorreram à via judicial implicaria negação da própria qualidade de *direito* aos direitos sociais (NOVAIS, 2010, p. 121).

Destarte, a questão que se coloca é, portanto, a seguinte: quais critérios podem ser adotados para que a judicialização da saúde não tenha como efeito colateral o desarranjo institucional, comprometendo as finanças públicas e, em última instância, os serviços de saúde devidos ao conjunto da sociedade?

Para Novais, em face da objeção da *reserva do possível* pelos entes estatais, não caberia ao juiz apurar se há ou não recursos disponíveis, tampouco proceder à definição de prioridades na distribuição de recursos. No entanto, entraria na esfera de atuação judicial apreciar se a alegada dificuldade financeira é suficientemente relevante, do ponto de vista do interesse público, para afastar ou fazer ceder a pretensão individual, e, ainda, se o procedimento seguido pelo poder público para chegar à decisão de prioridades, bem como a respectiva fundamentação, não merecem censura jurídico-constitucional (NOVAIS, 2010, p. 117).

Resta evidente, assim, que o conceituado jurista português é partidário de uma atuação autocontida do Poder Judiciário, deferente com as escolhas e opções políticas legitimamente levadas a cabo pelos demais poderes de Estado, na mesma linha preconizada por Barroso (2009a, p. 22-23) pela qual juízes e tribunais, sem descuidar do papel fundamental de guardiões da Constituição e da observância das leis, devem exercer o controle das atividades dos demais poderes com a máxima cautela de não incorrer em usurpação de competência, uma vez que:

> [...] há, apesar e na estrita observância do princípio da separação de poderes, um espaço ou uma margem de apreciação judicial da *questão financeira*, eventualmente infirmando as decisões de legislador e administração, ainda que essa margem seja delimitada pela mesma autocontenção, mas também pelas mesmas possibilidades que também assomam no controlo das restrições ao direito de liberdade. (NOVAIS, 2010, p. 117).

A propósito, destaque-se que questão do *risco premente* também está no centro da *"tesis cognoscitiva de los derechos"* arquitetada pelo constitucionalista andino Rodolfo Arango, para quem *"La urgencia de una situación activa la exigibilidad de los derechos fundamentales"*. (ARANGO, 2004, p. 127).

Neste sentido, Arango sustenta que o aspecto crucial que torna possível a intervenção controlada, objetiva e racional do juiz constitucional[31] em matéria

---

31. Em nosso sistema, do conjunto de membros do Judiciário, já que todos os juízes – e não apenas os constitucionais – são chamados a decidir, quotidianamente, sobre o direito à saúde, realizando o controle difuso de constitucionalidade, quando é o caso.

de reconhecimento de direitos sociais fundamentais, sem que se caia na tentação de substituir-se ao legislador, convertendo-se em um poder totalitário, tem a ver com a aplicação de *princípios objetivos* que eliminem qualquer possibilidade de arbitrariedade. Um desses princípios seria, exatamente, o da *urgência,* o que implica, nas palavras do próprio autor, em:

> [...] la justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales a partir de una tesis cognoscitiva de los derechos. Esta tesis coloca a la urgencia como constante fundamental para su reconocimiento por los jueces según la situación concreta de la persona que invoca su violación. (ARANGO, 2004, p. 126).

Segundo o seu autor, a *tesis cognoscitiva de los derechos* refuta o *maximalismo moral* porque conduziria, necessariamente, a alguma forma de autoritarismo, diferentemente do que se dá em relação ao seu oposto, o *minimalismo moral,* que deixa suficiente espaço à autodeterminação da pessoa humana. Esse *minimalismo moral* seria compatível, em matéria de reconhecimento dos direitos sociais fundamentais, com o *maximalismo político,* a implicar num desejável *minimalismo judicial,* na razão de que a estratégia judicial não deve substituir a estratégia política, sob pena de judicializar e estatizar a reinvindicação dos direitos sociais[32], o que seria contraproducente (Arango, 2004, p. 131-132). O *minimalismo judicial* é perfeitamente defensável na medida em que:

> [...] tiene sentido que las instancias de representación democrática tengan la tarea de fijar prioridades y distribuir recursos materiales en la sociedad según propósitos ideológicos y metas sociales específicas. Ninguna Corte Constitucional puede sustituir la instancia de autodeterminación política que expresa la diversidad de pensamiento y formas de vida. Una realización máxima de los derechos fundamentales por vía judicial dejaría poco, o casi nada, para decidir al ámbito legislativo. [...] La imposición de un maximalismo moral por vía de un maximalismo judicial sería como querer ordenar la felicidad humana por sentencia judicial. (ARANGO, 2004, p. 133).

32. Colonizando o direito à saúde a uma determinada classe socioeconômica (ASENSI, 2013, p. 813) hábil no manejo dos instrumentos jurídicos-processuais, em detrimento de políticas públicas direcionadas ao conjunto da sociedade, especialmente das classes mais desfavorecidas.

Como se constata, o modelo consequencialista de reconhecimento dos direitos fundamentais está no âmago da a *tesis cognoscitiva de los derechos,* o que, nas palavras do próprio autor, está:

> [...] Lejos de convertir a los jueces constitucionales en moralistas autoritarios, el reconocimiento objetivo de derechos sociales fundamentales permite corregir situaciones extremas que afectan a sectores marginados o discriminados, con lo que constituye en pieza importante de una teoría constitucional adecuada para países caracterizados por profundas desigualdades sociales. (ARANGO, 2004, p. 138).

Donde se concluir que, embora partindo de enfoques diversos, os autores pesquisados comungam da ideia de que se faz imprescindível um *minimalismo judicial* em matéria de justiciabilidade dos direitos sociais fundamentais, em cujo espectro os juízes devem respeitar as opções políticas e as prioridades legitimamente traçadas pelos agentes políticos do Estado, preservando o frágil equilíbrio entre intervenção judicial e liberdade de ação dos poderes políticos, sob pena de grave comprometimento do regime democrático[33].

4. Conclusões

À guisa de conclusões, pode-se afirmar que os padrões de justiciabilidade dos DESC em geral, e do direito à saúde em particular, ainda não estão devidamente consolidados, constituindo, assim, fonte de fecundos debates.

De fato, como a justiciabilidade atua, aqui, num cenário conflituoso entre as necessidades do cidadão que reclama uma prestação social *versus* as limitadas possibilidades do Estado-provedor, exsurge o grande desafio de se harmonizar os interesses em jogo: solidificar a ideia de judicabilidade dos direitos sociais sem, todavia, comprometer o equilíbrio econômico e financeiro do País e, ainda, sem descurar das balizas que delimitam o exercício legítimo dos poderes dentro de um arcabouço jurídico que constitui a própria essência de um Estado Democrático de Direito[34].

Evidentemente que a judicabilidade da saúde deve ser concebida como uma exceção, e não como regra geral. É que o direito à saúde, tal como anunciado no

---

33. Pois, como adverte Dworkin: [...] Se todo o poder político fosse transferido para os juízes, a democracia e a igualdade do poder político seriam destruídas. (DWORKIN, 2005, p. 30.).

34. Pois, como adverte Dworkin: [...] Se todo o poder político fosse transferido para os juízes, a democracia e a igualdade do poder político seriam destruídas. (DWORKIN, 2005, p. 30).

texto constitucional, deve ser garantido através de políticas públicas – *que devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais* - a serem empreendidas no âmbito da Administração Pública, tendo-se em consideração as necessidades do conjunto da sociedade, e não de forma compartimentada em processos judiciais, com inevitáveis prejuízos aos princípios da isonomia e da eficiência.

Ressalte-se, assim, não se é contra a judicabilidade do direito da saúde em si, até porque recusar a possibilidade de acionabilidade judicial ante a violação ou a simples ameaça a um direito seria o mesmo que negar-lhe a própria condição de *direito,* da mesma forma que recusar a procedência material da ação, com base em argumentos políticos[35], equivaleria a denegação de Justiça. Porém, o que causa angústia é a ausência de uma proposta metodológica imbuída de um vigor capaz de dar conta dos grandes desafios que o fenômeno da judicialização da saúde e sua crescente espiral têm suscitado, especialmente no Brasil.

É bem verdade que não faltam tentativas de se estabelecer, com a necessária precisão e objetividade, os pressupostos fundamentais que orientariam a justiciabilidade dos DESC. No entanto, a experiência tem demonstrando que as construções teóricas até aqui idealizadas mostraram-se incapazes de dar conta da enorme complexidade que o tema suscita.

Com efeito, em razão do condicionante financeiro que afeta, intrinsecamente, o próprio plano normativo dos direitos sociais, claro está que a problematização de sua concretização prática não pode ser restringida, exclusivamente, ao plano normativo, transbordando para o mundo da realidade fática e da efetividade social das normas jurídicas, sem perder de vista que uma coisa é garantir, juridicamente, um direito a todos os cidadãos, outra coisa é criar as condições fáticas, reais, que permitam a todos o acesso ao bem protegido pelo direito (NOVAIS, 2010, p. 98). Assim, claro está que a concretização dos direitos sociais em geral, e da saúde em particular, está intrinsecamente condicionada, em relação de estrita interdependência, ao desenvolvimento econômico e social do País, sem cujas condições sua efetividade social não passará de uma quimera, donde se concluir que o problema para realização dos direitos humanos:

> [...] não é nem filosófico nem moral. Mas tampouco é um problema jurídico. É um problema cuja solução depende de um certo desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a

35. Argumentos políticos são aqueles baseados no objetivo, em contraste aos argumentos de princípios, baseados no direito. (DWORKIN, 2005, p. IX).

> Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica. (BOBBIO, 2004, p. 43-44).

Neste sentir, a judicialização da saúde, para aquém e além de um movimento de reivindicação de direitos sociais, constitui, *grosso modo,* uma estratégia privilegiada de determinada parcela da população que enxerga no processo judicial uma válvula de escape, uma espécie atalho que lhes permite usufruir dos serviços de saúde livres de quaisquer injunções, sejam elas de ordem financeira, sob a condicionante da "reserva do possível", sejam de ordem preferencial, eletiva, etc.

Neste panorama, se resiste à tentação de propor soluções simplórias e/ou mágicas para à tormentosa questão da judicialização da saúde; as primeiras porque se verificariam fatalmente ineficazes; as segundas porque não passariam de uma miragem no já conturbado horizonte da saúde pública no Brasil; caberá, assim, à própria sociedade brasileira encontrar, pelo penoso percurso da experiência, as soluções para os grandes desafios que afetam o setor da saúde pública.

Com efeito, ao fim e ao cabo, o que espera os gestores públicos, os atores judiciais e a própria sociedade é um longo caminho de idas e vindas, avanços e retrocessos, conquistas e derrotas, pois, como já sentenciara Bobbio, [...] *a história da humanidade, embora velha de milênios, quando comparada às enormes tarefas concernentes à plena concretude dos direitos humanos, talvez ainda esteja apenas começando* (2004, p. 44).

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Organização e Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ARANGO, Rodolfo. *Derechos, Constitucionalismo y Democracia.* Bogotá: 2004.

ASENSI, Felipe Dutra. *Saúde, Poder Judiciário e sociedade: uma análise de Brasil e Portugal.* Rio de Janeiro: *Physis* Revista de Saúde Coletiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Madrid: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional.* ISSN 1138-4824, núm. 13, 2009.

_______________________. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.* Belo Horizonte: Jurisp. Mineira, a. 60, n° 188, p. 29-60, jan/mar-2009. Disponível em: <http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>. Acessado em 20.set.2016.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais.* Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 2ª ed.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos***.** São Paulo: Saraiva, 2010, 7ª edição, revista e atualizada.

COURTIS, Christian. *Critérios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma Breve Explanação. In* Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2008.

DWORKIN. Ronald. *Uma Questão de Princípio;* trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LAGO, Rodrigo Pires Ferreira Lago. *A jurisdição constitucional no Brasil: uma história em construção.* Publicado em: 12/11/2010. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-jurisdicao-constitucional-no-brasil-uma-historia-em-construcao>. Acessado em: 20.set.2016.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional.* São Paulo: Atlas, 2003, 13ª ed.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais; Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais.* Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

STF, Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº* 820.910. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, julgado em 26/08/2014, Processo Eletrônico DJe-171, publicado em 04-09-2014.

STF, Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 926469*. Rel. Ministro Roberto Barroso, 1ª Turma, julgado em 07/06/2016, Processo Eletrônico DJe-128, publicado em 21/06/2016.

STF, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 592581*, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, DJe-018, Publicado em 01-02-2016.

UM OLHAR REGIONALIZADO PARA O TEMA DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE- CASE DA 15ª COORDENADORIA REGIONAL DE SAÚDE

Patrícia De Carli[36]

1 Introdução

Tendo por tema o direito à saúde, analisado sob o prisma da judicialização, a presente pesquisa repousa seu objeto de análise sobre um olhar regionalizado acerca das ações judiciais que demandam o fornecimento de medicamentos no âmbito de atuação da 15ª Coordenadoria Regional de Saúde.

Nessa perspectiva, demonstrar-se-á que a saúde consiste em uma área de atuação permeada pela complexidade, que perpassa pela multidisciplinaridade, intersetorialidade e interoperabilidade, razão pela qual exige, para a execução de suas atribuições, planejamento e gestão, dos quais resultarão as políticas públicas.

Ademais, este trabalho tem por objetivo tornar evidente a relevância da aplicação da metodologia de gestão e planejamento sistêmicos no campo da judicialização da saúde, de modo que se possa estabelecer relações interinstitucionais entre os Sistemas da Saúde e da Justiça que tenham por foco o debate acerca do fortalecimento da política pública.

Para tanto, apresentar-se-á o estudo de caso de uma rede de cooperação entabulada entre a Secretaria Estadual de Saúde, Poder Judiciário e Defensoria Pública desenvolvida na área de atuação da 15ª Coordenadoria Regional de Saúde, com sede no município de Palmeira das Missões/RS.

Tal abordagem direcionará a pesquisa a fazer um recorte acerca da judicialização da saúde, estabelecendo como foco prioritário o tema do fornecimento de medicamentos, analisar a metodologia do planejamento e gestão sistêmicos e sua

---

36. Assessora Jurídica da Secretaria Estadual de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo- UPF. Especialista em Direito do Trabalho, Previdenciário e Processo do Trabalho pela Universidade de Santa Cruz do Sul- UNISC. Especializanda em Direito Processual Civil pela Universidade de Santa Cruz do Sul- UNISC. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul- UNISC. Endereço eletrônico: patriciadecarli@ymail.com. E-mail: patriciadecarli@ymail.com

aplicabilidade no âmbito das demandas judiciais da área da saúde, e, por fim, relatará a experiência desenvolvida de forma sistêmica no âmbito de atuação da 15ª Coordenadoria Regional de Saúde, debatendo como essas ações têm sido desenvolvidas e qual é a contribuição dessa interlocução interinstitucional para o fortalecimento do Sistema Único de Saúde do ponto de vista da Assistência Farmacêutica.

A pesquisa em tela, com objetivo de alcance dos fins a que se propõe, adotará o método de abordagem hipotético-dedutivo e os métodos de procedimento analítico e bibliográfico. No que tange as técnicas de pesquisa, utilizar-se-á documentação indireta e estudo de caso.

Ressalta-se que a necessidade de analisar a postura dos Sistemas de Saúde e do Sistema da Justiça e a efetividade de suas ações no que tange ao acesso ao direito à saúde, por meio da assistência farmacêutica, mais do que um tema de pesquisa representa um comprometimento social do meio acadêmico com a busca pela efetivação de direitos humanos e fundamentais albergados na Constituição Federal de 1988.

2 Judicialização da saúde: um recorte necessário

A crescente demanda da sociedade referente à garantia de direitos fundamentais tem exigido do Poder Público o estabelecimento de políticas em todas as áreas de atendimento à coletividade, entretanto, pela sua natureza e vinculação direta com o bem maior do ser humano que é a vida, a área da saúde é a que mais tem exigido a atuação das administrações. No Brasil, o atendimento público nessa área é implementado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo. Manter um sistema tão abrangente em um país com dimensões continentais como o Brasil é uma atividade complexa, que exige coordenação de esforços nas três esferas de governo (Municipal, Estadual e Federal) e a cooperação da sociedade como um todo. (CNJ, 2015a, p.68)

O Sistema Único de Saúde trata-se de um ambicioso projeto de superação do modelo anterior, fincado no art. 6º, da Constituição Federal, que garante a saúde como um direito fundamental. Colmatando a Carta Política, veio à luz a Lei nº 8.080/90 que organizou o referido sistema e estabeleceu direitos e deveres para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Neste período, muito se evoluiu para assegurar este direito fundamental, a despeito do incontestável subfinanciamento e inúmeros desafios do ponto de vista da pesquisa e da gestão. (GEBRAN NETO, 2015, p.02)

Da constitucionalização deste Direito, visualizou-se ao longo dos anos- com maior ênfase na última década- uma crescente ampliação da judicialização desta

matéria. Inúmeros são os pedidos que fundamentam as demandas judiciais em saúde perpassando por medicamentos, alimentos, insumos, materiais, exames, procedimentos e consultas.

Neste sentido, observou, com propriedade o CNJ:

> A judicialização do direito à saúde, mais especificamente, tem se direcionado a diversos serviços públicos e privados, tais como o fornecimento de medicamentos, a disponibilização de exames e a cobertura de tratamentos para doenças. [...] O resultado deste processo é a intensificação do protagonismo do Judiciário na efetivação da saúde e uma presença cada vez mais constante deste Poder no cotidiano da gestão em saúde. (CNJ,2015b, p. 9)

Diante das dificuldades de concretização dos princípios norteadores da política pública, tais como o acesso integral, universal e gratuito para toda a população do Estado brasileiro e frente a ameaça de ver o seu direito violado, a população tem recorrido à interveniência de órgãos como o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, entre outros. No entanto, a judicialização não é a solução mais efetiva para todas as situações. Alguns casos envolvem dificuldades que deveriam ser solucionadas em âmbito administrativo e/ou através de uma maior cooperação entre as pessoas envolvidas nesse sistema. (CNJ, 2015a, p. 68-69)

O alto índice de judicialização em demandas de saúde conduziu à percepção de que o indiscriminado deferimento de tudo o que se postula em nome do direito fundamental à saúde gera o enfraquecimento do Sistema Único de Saúde, na medida em que abre duas portas distintas: uma para o usuário que observa o fluxo do sistema e outra para aquela parcela da população que, acreditando jamais necessitar acessar o sistema, ingressa em Juízo quando esgotadas as possibilidades do seu plano de saúde ou do seu capital privado, postulando medicamentos ou tratamentos fornecidos pelo SUS, mas sem pretender observar os fluxos deste Sistema.

Nessa linha de pensamento, sob a percepção de que a saúde pública compreende múltiplos fatores, problemas de difícil solução e necessidade de integração de entes com interesses aparentemente antagônicos, surgiu um entendimento de que os problemas na área somente poderiam ser enfrentados mediante a congregação dos órgãos envolvidos em torno de pontos convergentes, de forma a fomentar o diálogo, por meio de um contato mais próximo entre seus integrantes, e a otimizar a rede. (CNJ, 2015a, p.69)

De modo que cada vez mais tem se evidenciado que profissionais oriundos do Sistema da Saúde e do Sistema da Justiça necessitam concentrar esforços na busca da efetivação do direito a partir de um olhar que busque a utilização de um conceito que perpasse pela saúde baseada em evidência, bem como o fortalecimento do Sistema Único de Saúde e não a sua segmentação. Ademais, é necessário dirimir as desigualdades de natureza social e econômica no acesso à saúde pública e não os acentuar.

Frente a estas novas reflexões, compreende-se atualmente que a chamada judicialização da saúde somente trará efeitos positivos se auxiliar na ordenação do sistema e na imposição de obrigações de cumprimento daquilo que está prometido no âmbito constitucional e nas políticas públicas previstas na legislação infraconstitucional. Ou seja, atuando na tutela coletiva das políticas públicas já existentes e na busca de avanços. A distribuição desordenada de benefícios, além de atingir a um número muito pequeno de beneficiários, vulnera as políticas existentes em favor da coletividade. (GEBRAN NETO, 2015, p. 28)

Feitas essas reflexões iniciais, um recorte ao tema se faz necessário. A despeito das inúmeras formas de exteriorização da judicialização da saúde, o presente trabalho abordará doravante apenas o fornecimento de medicamentos -aprovados ou não pela ANVISA; constantes ou não na Relação Nacional de Medicamentos (RENAME). A imposição de tal recorte não ocorre ao acaso, ela deriva do fato de que estas representam a maioria das lides na área geográfica em estudo, razão pela qual concentram-se os maiores esforços do trabalho de rede na otimização das demandas e construção de fluxos que reinsiram os usuários no Sistema Único de Saúde.

3 Planejamento e gestão sistêmicos nas demandas judicias de medicamentos

A complexidade caracteriza o Sistema de Saúde. Complexidade esta que perpassa pela multidisciplinaridade, intersetorialidade e interoperabilidade, razão pela qual exige para a execução de suas atribuições planejamento e gestão, dos quais resultarão as políticas públicas. Planejar e gerir ações, recursos financeiros, materiais e humanos são pressupostos para a efetividade das políticas públicas que serão desenvolvidas nas áreas da promoção, proteção e recuperação da saúde. Caso estas políticas se demonstrem ineficientes vão aportar no Sistema de Justiça. O Sistema de Justiça, por sua vez, atua nas lides em geral com um pensamento linear, entretanto, para que se garanta a efetividade e equidade des-

tas decisões em ações com impacto coletivo, em que se enquadram as ações da saúde, exige-se um pensamento sistêmico. (CNJ, 2015a, p.20)

Toda e qualquer intervenção eminentemente cartesiana e fragmentada que destoe do princípio da integralidade pode se tornar ineficiente quando se pensa em saúde pública, razão pela qual o trabalho em equipe e rede, consorciando conhecimentos e valorizando os múltiplos saberes de diversas áreas do conhecimento são extremamente relevantes.

Nesse contexto, atual se faz a alegoria da caverna de Platão[37]para compreender que tanto no direito quanto na saúde não é possível uma atuação fechada, pautada em uma visão parcial das temáticas. O desenvolvimento de ações necessita de articulação interinstitucional e da compreensão de que o horizonte de possibilidades perpassa a janela dos gabinetes e departamentos. O despertar de um pensamento sistêmico, em rede e multidisciplinar é condição de possibilidade para uma maior resolutividade nas demandas judiciais da saúde, consorciando o acesso do usuário ao serviço de qualidade com a redução de custos, a fim de que se possa garantir a universalidade e gratuidade do Sistema de Saúde.

A dificuldade de se pensar a resolução de demandas e a execução de políticas públicas de forma sistêmica e agir a partir dessa compreensão gera um ciclo de inefetividade. Para que seja possível de reverter esse ciclo urge que se desenvolva um pensamento sistêmico, que perceba o sistema como um todo, através de duas linhas gerais de atuação: institucional e interinstitucional. Dessa forma é possível cooperar para a efetividade e sustentabilidade das atividades voltadas a saúde e, consequentemente, reduzir e/ou qualificar a judicialização. (CNJ, 2015a, p. 21-22)

Nesse sentido, o planejamento e a gestão deverão produzir o pensamento sistêmico, contemplando o levantamento de diagnósticos, o mapeamento das necessidades, possibilidades e atividades relacionadas aos focos prioritários, com o que se poderá atuar de forma sistêmica. (CNJ, 2015a, p.25)

Ciente da relevância destas interlocuções e de um pensamento conjunto entre os Sistemas de Saúde e de Justiça, cada vez mais percebe-se a adoção de iniciativas que buscam interferir nos sistemas de forma célere, moderna e de modo a contribuir para torná-los efetivos. Trata-se de uma estratégia que fomenta atitudes sistêmicas, diante de um cenário de crescimento geométrico de demandas

---

37. A alegoria da caverna, escrita pelo filósofo grego Platão, na obra "A República" narra a história de prisioneiros que desde o nascimento são acorrentados no interior de uma caverna de modo que olhem somente para uma parede iluminada por uma fogueira. As sombras de estátuas projetadas na parede são as únicas imagens que os prisioneiros conseguem enxergar. Na medida em que um destes prisioneiros é obrigado a sair das amarras e verifica a existência de um mundo exterior percebe que passou a vida inteira julgando apenas sombras e ilusões, afastado na verdade real.

versus aumento aritmético de recursos para atendê-las. Nesse compasso e na busca de atuar de forma intersetorial, diversas instituições passaram a fomentar parcerias, formar comitês e redes de cooperação, prevendo, inclusive, em seus mapas estratégicos, a necessidade de harmonia. (CNJ, 2015a, p. 172)

A despeito da incontestável importância de uma atuação pautada por esta metodologia, urge mencionar que são fatores decisivos para o sucesso de iniciativas como essa a compreensão das instituições jurídicas de que o processo judicial não confere um tratamento adequado aos problemas de saúde e, de outro, a vontade política dos gestores em promover e intensificar o diálogo institucional e as soluções administrativas em saúde. Como se pode observar em outras experiências pelo Brasil, as iniciativas desse tipo só conseguem florescer e permanecer operantes nos locais onde os Poderes conseguem estabelecer um nível razoável de colaboração e diálogo. (CNJ,2015a, p. 55)

Neste contexto, frente a necessidade urgente de novas direções na governança das políticas públicas em saúde e bem como na efetivação da justiça, a 15ª Coordenadoria Regional de Saúde, localizada no município de Palmeira das Missões, Estado do Rio Grande do Sul, traz um exemplo em que o diálogo institucional e interinstitucional tem garantido celeridade, atenção de qualidade, redução e otimização de demandas judiciais e recursos públicos, bem como um fornecimento de medicamentos mais eficiente, garantindo um protagonismo necessário dentro do Sistema Único de Saúde para a assistência farmacêutica.

3 Um olhar regionalizado para o tema da judicialização da saúde: otimização na rede de fornecimento de medicamentos na área de abrangência da 15ª CRS

A 15ª Coordenadoria Regional de Saúde localiza-se no norte do estado do Rio Grande do Sul, possui uma área de abrangência de 26 municípios, totalizando 161.508 habitantes (Censo 2010). Fazem parte da região onze Comarcas, quais sejam: Palmeira das Missões, Constantina, Ronda Alta, Tenente Portela, Coronel Bicaco, Rodeio Bonito, Sarandi, Nonoai, Campo Novo, Seberi e Carazinho.

Segundo orienta o Decreto 7.508, de 28 de junho de 2011, o planejamento da saúde pública deve se dar de forma descentralizada em observância a regionalização, de modo que o conceito de região de saúde refere-se ao espaço geográfico contínuo constituído por agrupamentos de Municípios limítrofes, delimitado a partir de identidades culturais, econômicas e sociais e de redes de comunicação

e infraestrutura de transportes compartilhados, com a finalidade de integrar a organização, o planejamento e a execução de ações e serviços de saúde. Nessa linha de raciocínio, a existência de uma unidade administrativa como uma coordenadoria regional de saúde tem por intento coordenar esse planejamento, impulsionando o desenvolvimento e fortalecimento do Sistema Único de Saúde.

A atual equipe da Assessoria Jurídica e Assistência Farmacêutica assumiu os trabalhos no final do ano de 2014, com duas técnicas oriundas do concurso realizado pela Secretaria Estadual de Saúde e, agregando no início de 2015, o retorno de um colega de carreira que se encontrava cedido para outra unidade administrativa do Estado do Rio Grande do Sul.

Ao assumir as funções a equipe se deparou com um cenário em que duas das Comarcas da região remetiam os mandados de intimação que determinavam o bloqueio de valores para aquisição de medicamentos para que a própria Coordenadoria efetuasse o seu cumprimento. Nas referidas determinações judiciais encontravam-se contempladas as seguintes tarefas: aquisição dos medicamentos, entrega para a parte autora e prestação de contas nos autos.

Da referida experiência, já nos primeiros atendimentos a usuários do Sistema Único de Saúde, verificou-se que haviam dificuldades na compreensão do fluxo de acesso aos medicamentos. No discurso dos usuários percebia-se incredulidade nas ações do Poder Executivo, aflição e dúvidas, tais como: "a) Onde procurar pela efetivação do meu direito?" "b) Ingressei com a ação judicial, e agora?" "c) Como e onde manter atualizados os documentos evitando a suspensão ou bloqueio dos tratamentos?" "d) O Estado vai contestar o meu processo e dificultar por muito tempo a efetivação do meu direito?"

Ademais, verificou-se que a população residente em Palmeira das Missões e nos municípios mais próximos, pertencentes a essa Comarca, reportavam-se diretamente para a Regional de Saúde, deixando de procurar as Secretarias Municipais de Saúde, responsáveis pela dispensação dos medicamentos do componente especial e especializado, isso por uma dificuldade de compreensão das pactuações na área da saúde e por acreditarem que estavam litigando em face do estado membro e, portanto, deveriam se reportar a uma estrutura física do estado.

Diante dessas constatações iniciais foram realizadas as primeiras tratativas com a Defensoria Pública da Comarca de Palmeira das Missões, que demonstrou interesse em conhecer melhor os fluxos, a tramitação administrativa e a operacionalização do Sistema AME para melhor atender aos usuários, evitando o ajuizamento de demandas desnecessárias e auxiliando as pessoas no sentido

de acessar com rapidez e presteza o direito a saúde. A partir dessa conversa entabulada entre ambas as instituições há um rompimento do modelo cartesiano até então adotado e as demandas passam a ser vistas sob um prisma cooperativo, com troca de experiências e saberes.

Já na primeira reunião foi possível convencionar fluxos de atuação conjunta no sentido de que sempre se optar em um primeiro momento na reinserção do usuário ao Sistema. Para tanto foram repassadas listas de divisão de competências de modo que o Defensor passou a ter a mão e consultar qual é a esfera de competência de cada medicamento. Nesse sentido, a título exemplificativo, medicamentos constantes da lista do programa "Aqui tem Farmácia Popular", que antes compunham amplamente as demandas, passaram a ser retirados junto as farmácias cadastradas no programa, uma vez que a informação pormenorizada de como o fazê-lo passou a ser amplamente divulgada tanto pela Regional de Saúde, quanto pela Defensoria Pública.

Importante referir que quase a totalidade das ações de medicamentos propostas na Comarca são ajuizadas pela Defensoria Pública, o que garante coesão e grande abrangência a um trabalho conjunto.

A partir desse primeiro movimento surgiu a necessidade de se debater os protocolos e fluxos também para com o Poder Judiciário. A própria Defensoria Pública procurou o juiz do Juizado Especial da Fazenda Pública que prontamente agendou reunião com a presença da Coordenadoria Regional de Saúde.

Desse momento nasceu a padronização de fluxos em todas as ações da Comarca, cita-se, a título exemplificativo, a necessidade prévia de a parte autora juntar aos autos, quando do pedido de bloqueio de valores, uma certidão negativa fornecida pelo órgão dispensador dando conta da interrupção ou não recebimento dos fármacos naquele mês. Tal medida acabou por oportunizar o retorno do usuário ao Sistema, passando a ser atendido pela equipe da Assistência Farmacêutica que encontrava a oportunidade de constatar, em muitos casos, a disponibilidade em estoque do fármaco, a necessidade de prestar orientações sobre o acondicionamento, uso racional ou necessidade de reavaliação do paciente por profissional da área médica, nutricional ou psicológica.

Insta consignar, entretanto, que o grande mérito dessa reunião foi a construção de uma rede, em que todos os atores envolvidos têm em comum a compreensão de que cada processo judicial representa um usuário que necessita ter a sua demanda resolvida presteza e com o máximo de celeridade.

A partir da referida reunião convencionou-se a necessidade de desenvolvimento de ações voltadas para a capacitação dos profissionais que atuam diretamente na assistência farmacêutica dos vinte seis municípios da área de abrangência da Coordenadoria Regional de Saúde, bem como o empoderamento dos cidadãos no sentido de compreender a divisão de competências dos entes federativos, onde e como acessar o seu direito aos diversos componentes da assistência farmacêutica.

Nessa linha, a Coordenadoria Regional de Saúde desenvolveu ciclos municipais de estudos sobre a judicialização de saúde e a relevância da assistência farmacêutica enquanto política pública dentro do Sistema Único de Saúde, palestras sobre o uso racional de medicamentos, material informativo - como cartilhas e *posts* para redes sociais-, criou grupos via aplicativos de mensagens para o fim de trocar informações e dados rapidamente com os técnicos da assistência farmacêutica dos vinte e seis municípios, realizou visitas para prefeitos em municípios que ainda não possuíam no quadro da saúde um profissional farmacêutico, bem como tem construído, via articulação interinstitucional com as Secretaria Municipais de Saúde, um diagnóstico que revela o perfil da judicialização na área de abrangência da Coordenadoria Regional.

O objetivo deste trabalho conjunto é reinserir o usuário no Sistema, garantindo a observância da normativa e protocolos orientadores do Sistema Único de Saúde, o acesso dos usuários aos medicamentos essenciais[38], facilitando o seu acesso às políticas públicas de saúde e, consequentemente, reduzindo e/ou otimizando as demandas judiciais.

Após a experiência da construção da rede com a Comarca de Palmeira das Missões foi possível efetuar o mesmo trabalho com as Comarcas de Ronda Alta e Sarandi, por um chamado do próprio Judiciário.

Nessa linha de atuação a Coordenadoria Regional de Saúde recebeu ainda a incumbência de cumprir os mandados judiciais de bloqueios de valores oriundas das três Comarcas supra referidas, naquelas demandas em que todas as tentativas de atendimento administrativo tenham sido frustradas.

Esta incumbência implica no atendimento direto de treze municípios, inclusive os dois maiores da região em termos populacionais, mais uma vez a

---

38. Segundo a Organização Mundial da Saúde medicamentos essenciais são aqueles que servem para satisfazer às necessidades de atenção à saúde da maioria da população, selecionados de acordo com a sua relevância na saúde pública, evidência sobre a eficácia e a segurança e os estudos comparativos de custo efetividade. Devem estar disponíveis em todo momento, nas quantidades adequadas, nas formas farmacêuticas requeridas e a preços que os indivíduos e a comunidade possam pagar.

metodologia de gestão e planejamento sistêmicos se mostrou fundamental para o desempenho desta tarefa.

O cumprimento de cada mandado judicial observa um rito orquestrado de atuação em que assessoria jurídica e assistência farmacêutica atuam conjuntamente, inicialmente na tentativa de remanejar medicamentos no âmbito administrativo evitando uma compra isolada que onere o Estado, não sendo possível esse movimento, são realizadas novas pesquisas de preço, visando alcançar um preço mais vantajoso para a administração pública. Uma vez adquirido o fármaco é entregue para a Secretaria Municipal de Saúde do município de residência do usuário que realiza o atendimento, a dispensação por profissional capacitado e o correspondente cadastro da dispensação no Sistema Ame[39].

Essa atitude gera o vínculo entre o profissional da saúde e o usuário, já que independente da forma de disponibilização do medicamento – administrativa, judicial, via bloqueio ou depósito de valores- será sempre o mesmo profissional de referência o detentor das informações acerca do fornecimento do medicamento, evita a duplicidade de dispensação, organiza a volta do usuário para o fluxo do Sistema e gera grande economia ao erário público.

A judicialização excludente- que realoca recursos da saúde pública em prol de um só paciente ou tecnologia duvidosa, em que as instituições não estabelecem interlocuções e espaços de discussão e aprimoramento- não contribui para o fortalecimento, desenvolvimento e melhoria da gestão do Sistema Único de Saúde.

Nesse contexto, debater a temática da saúde pública de forma séria e comprometida com o fortalecimento do Sistema, da ampliação e garantia do acesso, da atenção de qualidade e da utilização de um olhar integral é condição de possibilidade para um avanço concreto em termos de fortalecimento das políticas públicas de saúde o que, por consequência, gera a redução da judicialização, de modo que pensar saúde por meio da metodologia do planejamento e gestão sistêmicos se mostra como a maneira adequada para alcançarmos a vontade de constituição, imortalizada na Carta Política de 1988.

4 Conclusão

O presente estudo fora conduzido a uma análise acerca do direito humano à saúde, partindo do aspecto da judicialização e repousou seu objeto de análise no formato de atuação da rede de cooperação entabulada entre a Secretaria Estadual

39. Sistema responsável pela administração dos medicamentos no Estado do Rio Grande do Sul.

de Saúde, Poder Judiciário e Defensoria Pública, na área de atuação da 15ª Coordenadoria Regional de Saúde, com sede no município de Palmeira das Missões/RS.

Sob esse enfoque, questões como a constitucionalização do direito à saúde, utilização da metodologia de planejamento e gestão sistêmicos, a construção de redes de cooperação entre o Sistema de Saúde o Sistema da Justiça e o fortalecimento da saúde pública surgiram como elementos norteadores deste estudo.

Como ponto de partida construiu-se um breve histórico acerca da positivação do direito humano à saúde no texto constitucional de 1988, bem como foram tecidos comentários a Lei nº 8.080/90, que organizou o Sistema Único de Saúde e estabeleceu direitos e deveres para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Desta primeira abordagem observou-se que a partir da constitucionalização do direito à saúde, o Poder Judiciário assumiu um protagonismo jamais visto, assumindo o papel de agente concretizador dos direitos sociais, entretanto, toda e qualquer intervenção eminentemente cartesiana e fragmentada que destoe do princípio da integralidade pode se tornar ineficiente quando se pensa em saúde pública, razão pela qual o trabalho em equipe e rede, consorciando conhecimentos e valorizando os múltiplos saberes de diversas áreas do conhecimento são extremamente relevantes.

Neste contexto, constatou-se que, a dificuldade de se pensar e atuar de forma sistêmica e multidisciplinar, bem como, a falta de sinergia entre os diversos órgãos destacam-se como fatores que interferem no Sistema de Justiça e no Sistema de Saúde e resultam na inefetividade das políticas públicas e, consequentemente, no aumento da judicialização. No entanto, os referidos fatores podem ser revertidos em havendo planejamento e execução coordenados, sob o pressuposto de que a responsabilidade é de todos e de que há muito a construir e aprimorar. Para tanto, é possível fomentar o aperfeiçoamento da metodologia de planejamento e de gestão sistêmicos.

Ao final apresentou-se um relato denominado de "*Case* da 15ª Coordenadoria Regional de Saúde" que demonstra, a partir de um estudo de caso desenvolvido no âmbito de atuação da referida Unidade Administrativa, as contribuições de um olhar ampliando, sistêmico e interinstitucional para a garantia de acesso e fortalecimento do Sistema de Saúde, reinserindo os usuários no fluxo de atendimento e aprimorando a gestão pública.

Conclui-se que debater a temática da saúde pública de forma séria e comprometida com o fortalecimento do Sistema, da ampliação e garantia do acesso, da atenção de qualidade e da utilização de um olhar integral é condição de pos-

sibilidade para um avanço concreto em termos de fortalecimento das políticas públicas de saúde o que, por consequência, gera a redução da judicialização, de modo que pensar saúde por meio da metodologia do planejamento e gestão sistêmicos se mostra como a maneira adequada para se alcançar a vontade de constituição, imortalizada na Carta Política de 1988.

Referências

BRASIL. *Direitos Humanos*: A realidade do país aos 60 anos da Declaração Universal. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 11 jun. 2016.

BRASIL. Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011. Regulamento a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde-SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm>. Acesso em 14 jun. 2016.

BRASIL. Resolução nº 1, de 29 de setembro de 2011. Estabelece diretrizes gerais para a instituição de Regiões de Saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), nos termos do Decreto Nº 7.508, de 28 de junho de 2011. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cit/2011/res0001_29_09_2011.html>. Acesso em 14 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Decisão Interlocutória Processo Nº 020/1.16.000626-0*. Juiz Prolator: Luiz Clóvis Machado da Rocha Júnior. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 14 jun. 2016.

CNJ, Comitê Executivo do Fórum Nacional do Judiciário para Saúde. *Ação de Planejamento e de Gestão Sistêmicos com Foco na Saúde*. Disponível em: <http://www.famurs.com.br/arq_upload/20150817160106_Cartilha%20

%20impress%C3%A3o%20FAMURS_PGS_SA%C3%9ADE_14.08.15.pdf>. Acesso em: 11 out. 2015a.

CNJ. *Judicialização da saúde no Brasil*: dados e experiências. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015b.

GEBRAN NETO, João Pedro. *Direito à saúde*: direito constitucional à saúde e suas molduras jurídicas e fáticas. Disponível em: <http://www.conass.org.br/consensus/wp-content/uploads/2015/04/Artigo-direito-a-saude.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2016.

OMS apud PEPE, Vera Lúcia Edais. *A relação nacional de medicamentos essenciais (RENAME):* a seleção de medicamentos no Brasil. Disponível em: <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/judicializacao/pdfs/514.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2016.

PLATÃO. *A República*. Disponível em: <http://www.deboraludwig.com.br/arquivos/platao_colecao_os_pensadores.pdf>. Acesso em 10 jun. 2016.

APRESENTAÇÃO DOS DADOS DO ESTADO DA BAHIA 2010-2015, O DIREITO À SAÚDE E A NECESSIDADE DE EVOLUÇÃO DO EMBATE INFRUTÍFERO PARA AÇÕES EFETIVAS

Poliana Brito Barbosa[40]

1. Introdução

Pelos critérios da OMS, Saúde seria uma "situação de perfeito bem-estar físico, mental e social". Contudo até mesmo essa definição, avançada para a época em que foi realizada, é, no momento, irreal, ultrapassada e unilateral, visto ser impossível alcançar uma situação perfeita em todos os sentidos.

A opção do Brasil em adotar um modelo que tem como pilar o lema de que "Saúde é um direito de todos e dever do Estado" (Lei n. 8.080/90, BRASIL, 1990) leva a se criar a falsa expectativa de que tudo estaria disponível para todos, sem restrições ou critérios[2].

De fato, Saúde não é apenas a ausência de doença, mas para o modelo do Judiciário atual ela deve ser considerada como tal, devendo ser buscada a qualquer preço, ficando até mesmo a qualidade de vida e os custos em segundo plano.

Nos últimos anos está sendo visto o crescimento alarmante e desenfreado das decisões judiciais relativas ao direito à saúde, gerando grande impacto orçamentário ao poder público. Por conta disso, é necessária utilização de parâmetros para a execução judicial de medicamentos e serviços não cobertos, dentre outras ações.

Atualmente, o judiciário não considera que, se o que está sendo pleiteado está previsto na política Pública, o que acaba levando ao deferimento de serviços de saúde, cobertos ou não. Isso leva a uma cobrança abusiva, ocorrendo tanto com medicamentos quanto com serviços, apenas pelo fato de serem determinados por via judicial.

---

40. Subcoordenadora do Núcleo de Atendimento Judicialização da Saúde na SESAB. Servidora Pública Estadual – SESAB. Médica Especialista em Cirurgia de Cabeça e Pescoço. Pós-graduanda em Direito e Saúde pela EMAB. Email: polianabrito@ig.com.br

Então, quanto o sistema público de saúde, com a proposta de ser integral, universal e igualitário pretende gastar com produtos, serviços ou medicamentos que não estejam previstos, ou são equivalentes em termos dos resultados na saúde porém maios caros ou não possuem eficácia comprovada?

Inicialmente serão tecidas considerações sobre legislação em saúde, seu financiamento para, em seguida, com base em pressupostos teóricos, a apresentação dos dados da Judicialização em Saúde Pública no Estado da Bahia entre os anos de 2010-2015, seu impacto orçamentário e por fim, discutir possíveis soluções para este fenômeno, com a apresentação de ações já em prática atualmente.

2. Legislação

A Constituição de 1988 foi um marco na história da saúde pública brasileira ao definir a saúde como "direito de todos e dever do Estado". A implantação do SUS foi realizada de forma gradual: primeiro veio o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), com a universalização do atendimento; depois a incorporação do INAMPS ao Ministério da Saúde, e, por fim, a Lei Orgânica da Saúde, n. 8.080/1990, que fundou e operacionalizou o SUS, dispondo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes dentre outras providências.

Após, foi editada a Lei n. 8.142 (BRASIL, 1990), que trata das transferências intergovernamentais dos recursos financeiros na área da saúde. Em termos das Redes e Portas de Ingresso, o Decreto n. 7.508 (BRASIL, 2011) veio dispor sobre a organização do SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa.

Depois, confirmando a alegação posta acima, a regulamentação evolui em termos de melhorar a estrutura do Sistema, tanto em termos de execução dos serviços como no sentido de acompanhamento do avanço tecnológico, sempre buscando benefícios associados à segurança e à efetividade. Isso resta confirmado com a edição da Lei n. 12.401 (BRASIL, 2011), que altera a Lei n. 8.080/90, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde, no âmbito do SUS.

É, ainda, imprescindível referir a Lei Complementar n. 141/2012, que regulamentou o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, por Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde, estabelecendo os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas de governo

A Constituição Federal atribuiu à lei a regulamentação das ações e serviços de saúde, determinando que seja constituída uma rede regionalizada e hierarquizada, organizada de forma descentralizada, que assegure o atendimento integral, baseada em políticas públicas.

3. Rol de medicamentos, Serviços e seus desdobramentos

3.1 A RENAME

A partir da regulamentação da Lei 8080/90 e suas Portarias, ficou definido que os usuários do SUS teriam acesso garantido à assistência farmacêutica conforme o que consta na RENAME, que compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS, que será acompanhada do Formulário Terapêutico Nacional (FTN). O Ministério da Saúde é o órgão competente para dispor sobre a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs) em âmbito nacional. Os Estados, o Distrito Federal e os municípios poderão adotar relações específicas e complementares de medicamentos, em consonância com a RENAME, e serão responsáveis pelo financiamento desses medicamentos. A RENAME e as relações complementares citadas somente poderão conter produtos com registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

3.2 A RENASES

Foi também elaborada a RENASES, onde constam todos os serviços oferecidos pelo SUS, assim como as OPMEs necessários para a realização desses serviços.

Pela Lei, é vedada a transferência de recursos para o financiamento de ações não previstas nos planos de saúde, RENASES e RENAME, exceto em situações emergenciais ou de calamidade pública, na área de saúde.

A União, maior arrecadadora de impostos e contribuições é a responsável pela formulação e pela execução da política de saúde, estando sob sua tutela as instituições responsáveis pelo registro e análise, além de incorporação de tecnologias em saúde, através da ANVISA e da CONITEC, órgão esse criado para que novas tecnologias em saúde sejam submetidas a avaliações de especialistas, pesquisas e consulta pública, além da viabilidade orçamentária.

De pronto, já se observa que de um lado há o direito à saúde, composto por cuidados relativos à proteção, à promoção e à recuperação, acessíveis universalmente e em qualquer nível de atenção, o que se compreende por atenção inte-

gral; e de outro, os limites intrínsecos da organização de recursos orçamentários e financeiros para a realização da política pública. Para ambos os lados há leis.

Assim, resta ao SUS, as escolhas alocativas – para as quais deve primar cada vez mais pela eficiência, em fazer melhor com menos recursos.

3.3 A CONITEC e a Medicina Baseada em Evidências

O avanço tecnológico nas últimas décadas proporcionou melhorias na saúde da população, entretanto, por conta dessa grande oferta de novas tecnologias, torna – se imprescindível que além de seus benefícios, uma análise sistematizada, crítica e criteriosa de literatura disponível, além de análise de seus riscos e custos para que sejam incorporados ao Rol ou não, promovendo-se com isso o seu uso racional.

Entende-se como tecnologias em saúde os medicamentos, materiais, equipamentos e procedimentos, sistema organizacionais, educacionais, de informações e suporte, bem como programas e protocolos assistenciais.

Com a necessidade de se institucionalizar um modelo de processo de incorporação de tecnologias em saúde que fosse amparado legalmente, foi publicada a Lei 12.401/2011que cria a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC, com o papel de assessorar o Ministério da Saúde quando à Incorporação, exclusão ou alteração de novas tecnologias. A nova legislação fixa prazo para a tomada de decisão, a análise da tecnologia como o auxílio da medicina baseada em evidências, levando em consideração aspectos como eficácia, acurácia, efetividade e a segurança da tecnologia, além da avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já existentes e disponíveis no SUS.

É responsabilidade do Estado oferecer tratamentos seguros e efetivos à população, selecionando as tecnologias de saúde mais adequadas ao seu grau de desenvolvimento, disponibilidade de infra estrutura, dentre outras.

Com isso, tenta-se garantir o direito constitucional de acesso universal e integral à saúde.

Propostas foram apresentadas na audiência pública da saúde, para que os PCDTs fossem conhecidos, atualizados de forma programada e apresentassem as distinções entre a apreciação de tecnologias e os fundamentos para sua incorporação (ou não) ao SUS.

4. O Financiamento e a finitude dos recursos

No que se refere ao financiamento, o SUS é financiado por meio do Orçamento da Seguridade Social, que engloba a saúde, a previdência e a assistência social

e, no caso da saúde, as principais fontes de recursos são a Contribuição sobre o Lucro Líquido (CSLL) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), pagas pelas empresas à União.

Após a aprovação da Emenda Constitucional n. 29, em 2000, e a sua regulamentação em 2012, por meio da LC n. 141/2012 e do Decreto n. 7.827/2012, foram definidos os percentuais de aplicação de recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde pelas três esferas de governo no SUS e o que são consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde, para efeito de apuração desses recursos mínimos.

Os estados e municípios já investem em saúde mais do que é exigido pela Emenda Constitucional n. 29/2000, porém a Emenda Constitucional n. 86, promulgada em 17 de março de 2015, alterou o valor mínimo e as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União. Vindo com isso na contra mão da necessidade efetiva de recursos, pois o ganho com recursos pela exploração de petróleo e gás natural destinados para a área de saúde, pela Lei n. 12.858, de 9 de setembro de 2013, não será mais acrescidos ao montante mínimo, podendo ser avaliado somente como substituição de fonte. E as emendas individuais com obrigatoriedade de execução, que montam em 0,6% da Receita Corrente Líquida (RCL) também serão computadas para fins do cumprimento mínimo. Portanto, poderá acarretar diminuição dos recursos aplicados pela União.

Na regulamentação trazida pela EC n. 29 (BRASIL, 2000), posteriormente ratificada pela citada Lei Complementar n. 141/2012 (BRASIL, 2012), definidora de critérios de aplicação de valores por cada esfera de governo, deduz-se a necessidade de reconhecimento de que são necessários um volume grande de recursos para suprir o atendimento em Saúde dos usurários, contudo, esses são finitos e as necessidades humanas a satisfazer são ilimitadas.

Por essas razões, pode-se afirmar que a efetivação desse direito requer disponibilidade orçamentária, o que leva a referir dois princípios indispensáveis em razão da peculiaridade do tema: o princípio da reserva do possível[3], o qual se fundamenta na ideia de que os recursos públicos necessários à efetivação de direitos sociais não são ilimitados; e o princípio do mínimo existencial, para o qual haveria um núcleo básico de direitos sociais e econômicos vinculados à noção de garantia da dignidade humana, e estes deveriam ser sempre, e de imediato, tutelados.

A lei estabelece, ainda, que o processo de planejamento e orçamento deve ser ascendente, do nível local até o federal, ouvidos seus órgãos deliberativos, compatibilizando-se as necessidades da política de saúde com a disponibilidade

de recursos em planos de saúde dos municípios, dos estados, do Distrito Federal e da União. Os planos de saúde serão a base das atividades e das programações de cada nível de direção do SUS, e seu financiamento será previsto na respectiva proposta orçamentária, sendo vedada a transferência de recursos para o financiamento de ações não previstas nos planos de saúde, exceto em situações emergenciais ou de calamidade pública, na área de saúde (CONASS,2015).

4.1 A Finitude de Recursos e o Judiciário

Por causa do grande impacto econômico da questão da Judicialização na Saúde, observa-se o aparecimento de um novo olhar sobre o assunto no STF.

Até a STA 91, todas as decisões analisadas concediam o medicamento ou tratamento pedido pelo impetrante. Não havia sequer um voto divergente nos acórdãos encontrados.

Portanto, pode-se antecipar que, até então, em nenhuma decisão o Supremo Tribunal Federal admitiu a escassez de recursos como argumento aceitável para impedir a concessão de um medicamento ou tratamento médico.

Outro ponto interessante é que as ações eram todas individuais, pois, em nenhuma das decisões analisadas, houve uma tutela coletiva do direito à saúde.

Nas decisões, também era muito comum a referência a precedentes do próprio tribunal. Há uma passagem, de autoria do Ministro Celso de Mello, que aparece com muita freqüência em diversas decisões, como o AgRg no RE 273834 RE 198265 e o RE 232335/RS e que, pelo número de vezes que aparece é representativo da forma como o STF encarava o direito à saúde:

> O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196).Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, [...] não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que, por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.
>
> DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.

> O sentido de fundamentalidade do direito à saúde [...] impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.
>
> Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais [...] recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.
>
> Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional...

Aparentemente esses adjetivos não faziam referência à questão dos custos envolvidos na efetivação dos direitos à saúde e nem à escassez de recursos. Em diversas decisões, ficou expresso que estes eram problemas de menor importância e que não seriam aceitáveis quando se lidasse com casos envolvendo o direito fundamental à saúde. A discussão a respeito dos custos dos direitos e da limitação de recursos aparecia em poucas decisões e, quando aparecia, era tratada de forma não muito detalhada e sem lhes dar grande importância.

Na busca da via judicial para garantir a saúde, o tratamento para a AIDS apresentou-se como pioneira, servindo assim, de base e exemplo para lides posteriores. A proposta da terapia anti-retroviral de 1996[4], apresentou grande evolução no tratamento e aumento na expectativa de vida dos enfermos, todavia, o custo do tratamento era muito elevado para a grande parte da população. Neste contexto, o caminho encontrado por pessoas carentes para obter acesso a tratamento foi socorrer-se do Judiciário para sanar a ineficiência do SUS nos casos concretos. Daí decorre que o referido entendimento mudou nos Tribunais

Superiores e passou a ser concebido como norma de eficácia plena e direito fundamental garantido constitucionalmente.

A Judicialização apresenta teses antagônicas: (i) a efetivação do direito à saúde deve dar-se independentemente de política pública; (ii) a efetivação do direito à saúde só deve dar-se mediante política pública; (iii) a efetivação do direito à saúde deve dar-se mediante política pública, todavia, admitidas exceções. A última tese foi a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) quando da decisão da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 1753 e outros processos (CONASS,2015).

Recentemente o STF fixou novos parâmetros para a judicialização da saúde.

No julgamento da medida cautelar da Ação Direita de Inconstitucionalidade 5501, em 19/05/2016, o Supremo Tribunal Federal – STF fixou novos parâmetros para a judicialização da saúde.

A Corte suspendeu os efeitos da Lei 13.269/2016 (que autorizava o uso da fosfoetanolamina sintética para pacientes diagnosticados com neoplasia maligna). Os principais fundamentos invocados pelo Supremo alteram consideravelmente o panorama da judicialização.

Espera-se, a partir deste julgamento do STF, maior controle nas demandas temerárias e maior racionalização das judiciais sobre o tema, sempre com o fim de resguardar adequadamente o núcleo essencial do direito à saúde. (Schulze, C.J.,2016).

No momento, encontra-se em fase final de decisão no STF se os estados deverão fornecer medicamentos de alto custo a pessoas carentes e se o Estado deve fornecer medicamentos não registrados pela ANVISA, quando determinados por via judicial.

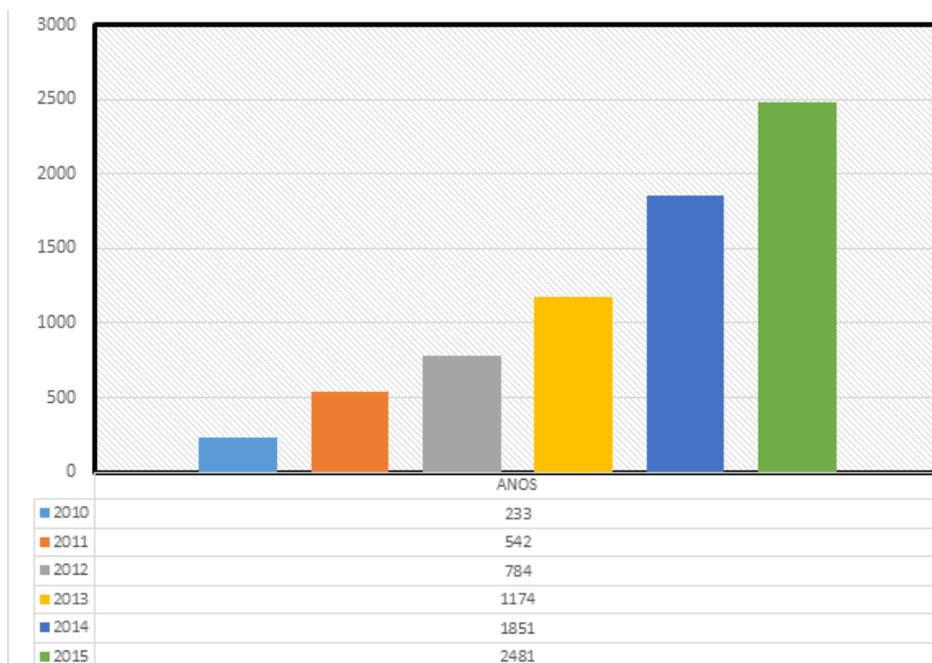
5. Apresentação e Análise da dados 2010 – 2015

5.1 Regulação

No Estado da Bahia, as Ações relacionadas à Saúde tomaram corpo a partir de 2010, inicialmente oriundas de pacientes que aguardavam leitos para transferência em urgência/emergência, evoluindo atualmente para todo o tipo de solicitação.

Infelizmente também estão muito presentes aquelas que exigem apenas o que já está previsto que por, incompetência do poder público, se tornaram objetos da judicialização.

Gráfico 1 - Quantitativo das Demandas judiciais relacionadas à Regulação

	ANOS
2010	233
2011	542
2012	784
2013	1174
2014	1851
2015	2481

É notória uma tendência ao crescimento das demandas, chegando a 50% ao ano, contudo sem o devido incremento orçamentário, com pouco ou nenhum impacto coletivo em forma de Política Pública, enquadrando-se aí demandas, essencialmente, individuais.

Em 2015 tivemos um total de 116 tipos de pedidos diferentes nas demandas judiciais referentes a pacientes em domicílio e 54 tipos de pedidos diferentes nas demandas referentes a pacientes internados.

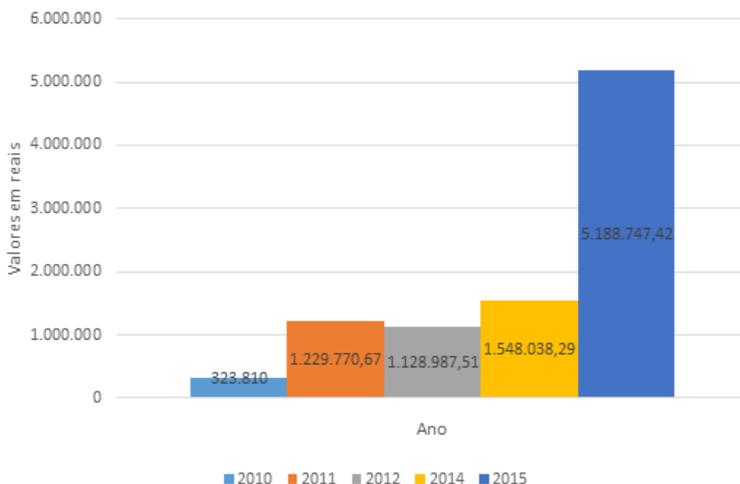
Paradoxalmente, os que não são ofertados pela Política são a minoria, correspondendo ao maior gasto gerado pela judicialização.

Dos 54 tipos de pedidos de internados, apenas 10 correspondem a 55% do total de ações judiciais, sendo que o pedido de UTI é o mais frequente.

O quadro acime reflete a dura realidade vivida por grande parte dos usuários do SUS, pacientes que encontram-se em situações de urgência e emergência e vêm, através da última porta que encontram, a justiça, requerer seu direito de atendimento e tratamento, coisa que não conseguem dispor em tão delicado momento da vida.

Abaixo, temos o impacto financeiro das demandas Judiciais relativas à com-

pra de procedimentos, OPMEs, exames, etc não cobertos por políticas públicas ou com oferta insuficiente ao longo dos anos.

Gráfico 3 - Valores gastos relacionadas à Regulação ao longo dos anos

5.2 Medicamentos

Seguem números referentes a medicamentos

Em 2014, os valores gastos com judicialização, relativos a medicamentos, correspondem a 34% do total recebido para custeio do Estado com medicamentos.

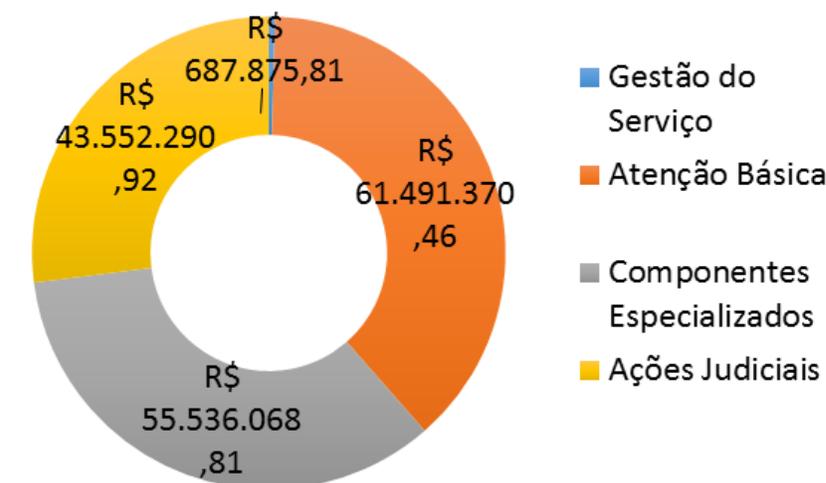
Gráfico 4 - Impacto Financeiro em 2014

Medicamentos Ação Judicial	72.789.843,00
Medicamentos da Atenção Especializada	140.726.743,92
Medicamentos da Atenção Básica (municípios)	130.424.402,64

Total: R$ 343.940.989,56

Fonte: DASF 2014

Já em 2015, os valores gastos com judicialização correspondem a 27% do total recebido.

Gráfico 5 - Impacto Financeiro em 2015

Total: R$ 161.795.121,81

Fonte: DASF 2015

Em princípio, parece que o gasto com as ações diminuíram, mas na verdade é que menos orçamento foi disponibilizado e menos cumprimento de ações ocorreu.

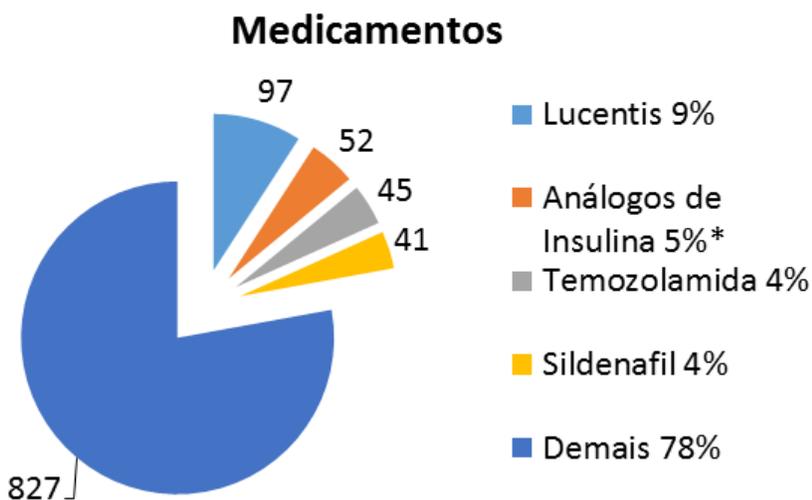
Abaixo, segue o ranking dos medicamentos mais caros pleiteados via ação judicial.

Tabela 4- Medicamentos mais demandados em 2015, por % total

Medicamento	DMM*	Valor Unitário	Custo Mensal	Percentual
PROTEINA C (CEPROTIN)	120	R$ 3.999,214	R$ 479.905,717	7,60%
RANIBIZUMABE 10 MG/ML AMPOLA	170	R$ 2.671,760	R$ 454.199,202	7,19%

TRASTUZUMAB 440 MG AMPOLA	57	R$ 7.457,420	R$ 425.072,936	6,73 %
SOFOSBUVIR 400 MG COMPRIMIDO	144	R$ 2.557,673	R$ 368.304,977	5,83 %
IDURSULFASE 6 MG AMPOLA	60	R$ 5.362,959	R$ 321.777,540	5,09 %
RITUXIMABE 500 MG AMPOLA	71	R$ 4.182,540	R$ 296.960,343	4,70 %
GALSULFASE 5 MG AMPOLA	68	R$ 4.190,482	R$ 284.952,765	4,51 %
SUNITINIBE MALATO 50 MG CÁPSULA	646	R$ 385,770	R$ 249.207,413	3,94 %
SORAFENIBE TOSILATO 200 MG COMPRIMIDO	3840	R$ 56,210	R$ 215.846,396	3,42 %

Seguindo, os medicamentos mais pleiteados, no geral.

Gráfico 6 – Medicamentos mais pleiteados em 2015

Importante ressaltar o fato de que, tanto em 2014 quanto em 2015 foram atendidos apenas cerca de 2500 pacientes, no que tange a medicamentos.

Já com regulação, em 2014, cerca de R$1.438.000,00 e em 2015 R$ 5.189.000,00, para 18 e 51 pacientes, respectivamente.

Mais uma vez, temos a exemplificação da falha do nosso sistema, com um grande números de ações pleiteando medicamentos presentes nas listas do SUS, porem o custo maior fica por conta de medicamentos fora das listas, chegando a quase 30% de todo o orçamento do Estado para compra de medicamentos, sendo gasto para atender 2500 pacientes judicializados.

6. Conclusão

O que se quer levantar no presente trabalho não é a questão do direito à Saúde, pois isso já está garantido na Constituição.

O que se discute é os custos inerentes à Judicialização desse direito, seu impacto no orçamento e propostas para ações efetivas, visto que o embate com o judiciário realizado até o momento tem se mostrado ineficaz e algumas vezes injusto.

Pleitea-se que as decisões devem ser bem fundamentadas em parâmetros técnicos, na medicina baseada em evidências, não só devido ao grande impacto econômico que podem representar, mas também nas possíveis consequências danosas aos próprios pacientes, com o uso de medicamentos ou tratamentos inapropriados.

No caso dos medicamentos, deve-se propugnar para que os estados e a União realizem maior pressão sobre os fornecedores a fim de obter medicamentos a preços justos e não superfaturados por conta de ser uma demanda judicial. Os custos são crescentes, ante a ausência de qualquer tipo de controle do preço, pois o fornecedor não fica sujeito às regras de fixação de preço pela Câmara de Regulação do Mercado de medicamentos da Anvisa (CMED), de aplicação em todo o território nacional. Essa cobrança por preços justos poderia ser mais efetiva através da determinação pelo próprio judiciário de parâmetros para sua cobrança.

Quando deferidas, essas decisões subvertem as normas que regulam o registro de medicamentos e tratamentos e que essa subversão, fundamentada pelo poder judiciário nos princípios da dignidade e da vida humana, pode apresentar dano inverso e desastroso, vulnerando exatamente o que se pretendia proteger.

Uma prescrição médica não é uma verdade absoluta e não se pode ignorar que, especialmente quando se prescreve um fármaco sem o devido registro na Anvisa, essa está desvirtuada do consenso científico nacional e muita das vezes associada aos interesses da indústria farmacêutica. Quase 90% das propostas de

incorporação são demandas das indústrias, que tem por estratégia transformar seu produto em política pública, pois o maior comprador no Brasil é o SUS: o SUS é um excelente mercado. Nem todas as inovações agregam valor ao atendimento do paciente, senão apenas custos.

Paralelamente à procura por formas justas de cobrança, boas práticas têm sido desenvolvidas, como a criação das Câmaras de Conciliação de Litígios em Saúde, organizações intersetoriais que atuariam mediando as ações de saúde, para resolução mais rápida de conflitos e desafogando o já assoberbado judiciário, além da criação dos NATs, com o intuito de prestar consultoria aos juízes para ajudar no entendimento das demandas de saúde e concessão ou não de liminares.

Os estados também têm buscado ressarcimento com a União de despesas realizadas através da judicialização, com o intuito de minimizar o grande impacto orçamentário que está sendo causado.

É fundamental ressaltar que é necessária a efetivação das Políticas Públicas de Saúde, porém, nos casos judicializados, há de se individualizar caso a caso, para que nenhum cidadão deixe de ter acesso justo àquilo que precisa para seu bem estar físico e restabelecimento de sua saúde, dentro de parâmetros éticos e racionais, além de se chamar os Gestores à responsabilidade, em todas as esferas, para que assumam os compromissos e, com isso, a principal vítima, o usuário do SUS, não venha a necessitar da Justiça para ter seus direitos fundamentais atendidos.

NOTAS

1. Para facilitar a leitura, optou-se por colocar sempre a sigla da classe da ação ou recurso ao invés do nome completo. As siglas são as mesmas usadas pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

2. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

______. Ministério da Saúde. Portaria MS n. 546, de 25 maio 1993. Estabelece normas e procedimentos reguladores do processo de descentralização da gestão das ações e serviços de saúde, através da Norma Operacional Básica SUS 01/93.

______. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da Saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, Brasília, 1990.

______. Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as

transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da Saúde e dá outras providências

3. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível".** 2 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 20-21.

4. CARVALHO, R. K**. A judicialização do acesso à saúde no brasil: O caso HIV-AIDS**, Monografia apresentada como requisito para a obtenção do grau de especialista em Preparação para a Magistratura na Universidade do Extremo Sul Catarinense,Criciúma (SC), março de 2007

REFERÊNCIAS

_____. Lei n. 8.080, Brasília, DF: Senado Federal, 1990

_____. Lei n. 8.142, Brasília, DF: Senado Federal, 1990

_____. Lei n. 12.401 de 28 de abril de 2011.

_____. Lei Federal n. 12.466 de 24 de agosto de 2011, que incluiu o art. 14-A na Lei Federal n. 8.080/1990.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. O sistema público de saúde brasileiro. Brasília: Ministério da Saúde, 2002

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA-AgR 175/CE.

Desafio: concretização do direito à saúde pública no Brasil Letícia Coelho Simon, Direito à Saúde, da coleção Para Entender a Gestão do SUS, CONASS,2015

BARBOSA, P. B. **Judicialização em Saúde Pública na Bahia: o que aprendi e como posso contribuir. Judicialização em Saúde Pública na Bahia: o que aprendi e como posso contribuir**. 1ed.Rio de Janeiro: Instituto Innovare, 2014, v. 1, p. 206-231.

SANTOS, L. et al, **Judicialização da saúde no Brasil**, 2014, Saberes

SANTOS, Mayara Araujo dos. Direito Fundamental à saúde e a responsabilidade solidária entre os entes federativos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 106, nov 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12431, Acesso em 20 de abril de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

WANG, Daniel W.L. Escassez de Recursos, Custos dos Direitos,e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF, **Revista Direito GV**, São Paulo 4(2) | P. 539-568 | Jul-Dez 2008

BRITO, Renata J.S. **A Judicialização do direito à Saúde: Uma revisão Bibliográfica da Produção Científica Nacional**, Brasília 2011

GANDINI, João et al**. A Judicialização Do Direito À Saúde: A Obtenção De Atendimento Médico, Medicamentos E Insumos Terapêuticos Por Via Judicial: Critérios E Experiências**

NOBRE, Milton A B, SILVA, Ricardo A.D, **O CNJ e os desafios da efetivação do Direito à Saúde**, 1ª Reimpressão, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2011

CAPUCHO, H.C. et al, Incorporação de Tecnologias em saúde no Brasil: novo modelo para o Sistema Único de Saúde, **Boletim do Instituto de saúde**. vol 13nº3, Jul.2012

VALLE. Gustavo H.M. et al, A Audiência Pública Sobre a Judicialização da Saúde e seus Reflexos na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

LINHARES. José R., A conciliação judicial levada a sério, **Revista Âmbito Jurídico**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175. Tribunal Pleno. Relator: Gilmar Mendes, 17/03/2010.

VENTURA, Mirian et al. Judicialização da saúde, acesso a Justiça e a efetividade

do direito à saúde. Physis, Riode Janeiro, v.20, n.1, 2010, Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script = sci_arttext&pid = S0103--73312010000100006&lng = pt&nrm = isoi >
Acesso em 17/02/2016.

VIEIRA, F.S.; ZUCCHI, P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Rev. Saúde Pública*, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

AMPLIANDO O ACESSO AO DIREITO A SAÚDE NA BUSCA POR MEIOS EXTRAJUDICIAIS

Rosângela Gomes do Nascimento Araújo [41]

INTRODUÇÃO

Não obstante, o tema "judicialização da saúde", nos últimos anos ter sido objeto de inúmeros debates e diversas pesquisas, surge ainda inquietações. Como o Estado pode efetivar o direito à saúde de forma a reduzir as demandas judiciais?

O interesse pelo tema surge no contexto relacionado ao crescimento das demandas individuais de judicialização da saúde no Brasil. Momento esse, que traz inúmeros debates entre pesquisadores, acadêmicos das ciências sociais aplicadas, profissionais do direito, poder judiciário, gestores e administradores das políticas públicas e seguimentos da sociedade organizada.

Como fonte teórica conceitual, utiliza-se na pesquisa como parâmetro a Constituição Federal de 1988, legislação infraconstitucional, revisão bibliográfica em artigos, dissertações e pesquisas inerentes ao tema.

Nessa perspectiva, o direito à saúde nos moldes atuais visa buscar fundamentos teóricos e também uma investigação empírica, no sentido de analisar o direito a saúde como direito social garantido e assegurado na Constituição Federal de 1988. Constando essa data como marco teórico do direito à saúde no Brasil.

Pontua-se uma sessão sobre direitos, pois são muitos os direitos, problema difícil é a efetivação desses direitos, tanto por problemas estruturais, quanto pela logística do sistema de saúde que trabalha abaixo das possibilidades de recursos oferecidos pelo Estado.

Sendo assim, Boaventura de Souza Santos se propõe a analisar meios diversificados de contribuição à administração da justiça. Assim, importa mostrar que existem alternativas ao modelo adversarial da judicialização em saúde, isso por meio de acordos institucionais e parcerias, a fim de alcançar uma construção

41. Mestranda em Direito no PPGD/UCP. Grupo de Pesquisa "Judicialização da Saúde", bolsista do PROSUP/CAPES, sob orientação do Prof. Dr. Felipe Asensi; Email: araujor@ynail.com

extrajudicial para os conflitos em saúde. Nesse sentido, destaca-se a pesquisa de Felipe Asensi, realizada no Município de Lages/SC.

Em contrapartida, apresenta reflexões sobre os "Acordos Institucionais", pois importa ao poder público investir em meios paralelos que assegurem o direito à saúde reduzindo a intervenção do Poder Judiciário.

Quanto ao acesso a prestação da saúde como um todo constitui um equívoco afirmar que a negativa de fornecimento de determinado serviço ou insumo, significa a negação por parte do estado ao próprio direito do cidadão à saúde. Da mesma forma, que não é isonômico buscar apenas para si um bem da vida que deve ser ofertado para todos.

Por isso, buscam-se meios alternativos que visam sua redução. Assim, a criação da Câmara de Resolução de Litígios em Saúde (CRLS), situada no Rio de Janeiro, surge na expectativa de reduzir os problemas inerentes à saúde evitando a judicialização. A Câmara de Resolução é um espaço voltado ao diálogo e um meio paralelo à justiça na busca de efetivar o direito a saúde.

Pretende-se, traçar uma avaliação de maneira bem sucinta de modo a estimular reflexões, pois o tema traz consigo um peso de complexidade, muito embora, tenha inúmeras pesquisas realizadas sobre o assunto.

1 O DIREITO À SAÚDE NOS MOLDES ATUAIS

1.1 Breve histórico

Datamos como marco teórico o direito á saúde no Brasil, o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Isso porque muito já foi tratado em inúmeros estudos fazendo alusão ao período pré-constitucional onde algumas conquistas nessa área eram privilégios de pequenos grupos dentro da sociedade, reconhecidos trabalhadores com vínculo empregatício.

A promulgação da CF/88 traz consigo um leque de direitos sociais e com ele o direito à saúde e os demais elencados nos artigos 196 a 200, tão conhecidos no meio acadêmico. A Constituição Federal de 1988 foi, sem dúvida, um marco na história da democracia brasileira. A partir de então, têm garantidos os direitos que veem a ser executados por meio da criação do Sistema Único de Saúde (SUS).

Na perspectiva em oferecer o direito à saúde dentre tantos outros direitos, o SUS veio a ser regulamentado pela Lei nº 8.080/90. Dai em diante, leis foram criadas, outras alteradas, articulações e manobras efetuadas, organogramas dos mais elaborados foram formulados, sempre no propósito de garantir o direito à

saúde como direito fundamental. Vale ressaltar os princípios que direcionam o sistema único conceituado por Noronha, Lima e Machado (2009).

> Universalidade - diz respeito à assistência à saúde em todos os níveis independente da complexidade e do custo.
>
> Equidade - igualdade de assistência, sem preconceitos ou privilégios, dentro de uma simetria onde o acesso ao serviço de saúde é direcionado de acordo às necessidades do indivíduo.
>
> Integralidade - entendida como um conjunto de ações e serviços de saúde, articulado e contínuo, preventivo e curativo, em cada caso, de acordo com o nível de complexidade do sistema.
>
> Participação da comunidade - é a interface como um canal permanente de dialogo e interação entre gestores e população, que as garante participar na formulação de diretrizes por meio de entidades representativas.
>
> Descentralização – tanto política quanto administrativa com direção única em cada esfera de governo e enfatiza a descentralizando os serviços para os municípios e a regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde.

Percebe-se que essa integração de princípios fomenta o complexo sistema da saúde brasileira, todos dispostos a manter sua organização dentro de seu espaço, seja (União, Estado ou Município), articulados de forma a dar amplitude no que tange a promoção da saúde.

1.2 Direitos: De Fato e a Desejar

Do ponto de vista relacionado a direitos não são poucos o que já estão assegurados na Constituição, porém o que se percebe é que já se passaram quase trinta anos e muitas das reinvindicações inerentes à saúde no Brasil permanece como antes.

Asensi e Pinheiro (2008) relatam em seu artigo, "A prática do direito e o direito na prática: Reflexões sobre a saúde". Que "a ideia de 'direito de todos e dever do Estado' traz um potencial semântico que não se reduz ao seu texto, de forma que o direito à saúde potencializa uma gama de sentidos e impulsiona discussões sobre sua implementação". (ASENSI; PINHEIRO, 2008).

No que tange à gestão da saúde, deve ser construída a partir de colaborações mútuas, como Asensi e Pinheiro (2008), identificaram na sua pesquisa, sendo

manifesto o caráter intrínseco dos desafios impostos aos gestores. Por outro lado, pontuam formas articuladas de lidar com os problemas identificados:

> a) Recursos escassos: articular-se com a sociedade civil e as instituições jurídicas no sentido de promover um debate democrático acerca da alocação de recursos, de modo que a definição sobre as estratégias de efetivação do direito à saúde seja realizada conjuntamente;
>
> b) Políticas de Estado: considerar que as políticas públicas que versam sobre direitos prestacionais devem ser políticas de Estado, ou seja, políticas que visem uma continuidade ao longo do tempo, independentemente do governo que esteja à frente de sua direção.
>
> c) Possibilitar e estimular a participação: abrir os canais decisórios do Estado à sociedade civil, de modo que o Estado seja a forma através da qual a sociedade civil agiria institucionalmente. Da mesma forma, deve incentivar a criação de espaços públicos nos quais a sociedade civil e os usuários individualmente possam se expressar e que suas manifestações sejam consideradas no âmbito da política e da micropolítica. (ASENSI; PINHEIRO, 2007, p. 2154).

Dessas acepções, torna-se inevitável chamar a atenção ao usuário do SUS em obter qualquer prestação em saúde por intervenção judicial.

Os estudos dos autores acima citados apresentam uma sinalização nesse sentido ao afirmar. "Basicamente, foi ressaltado que a insuficiência de recursos enseja a priorização de certas ações em detrimento de outras, o que promove a parcial satisfação do direito à saúde". (ASENSI; PINHEIRO, 2008). Acresce que o problema não está adstrito apenas à questão de recursos, com a Constituição Federal surge uma gama de direitos sociais positivados. É o que será visto ante a análise de Boaventura de Souza Santos.

1.3 A Sociologia dos Tribunais e os Direitos Sociais

Boaventura S. Santos com a "Sociologia dos Tribunais", mostra a existência de condições, tanto teóricas quanto sociológicas no que tange as questões sociais (pois não estão isoladas em si mesmo). Observa-se o entendimento do autor que se utiliza da sociologia e se propõe a analisar meios diversificados de contribuição à administração da justiça. Nessa perspectiva, destacamos o "grupo temá-

tico", como ele se refere: litigiosidade social e os mecanismos da sua resolução existentes na sociedade.

Por outro lado, Boaventura aponta positivamente as reformas que pensam meios alternativos à justiça convencional, de forma a trabalhar paralelamente através de novos mecanismos de resolução de litígios. Esclarece que esses meios informais já seriam objeto de estudos prévios, aplicados pela antropologia e sociologia. Portanto, tais ramos interdisciplinares do conhecimento, oferecem sua parcela de contribuição à administração da justiça.

Nesse sentido, o autor deixa nítido que não há como dissociar a administração da justiça e do direito, sem as contribuições da multidisciplinariedade sociológica e ou antropológica sem que ocorra um prejuízo incalculável no sentido de resgatar uma pluralidade de direitos que poderiam conviver e interagir de formas diferentes (Santos, 1999, p. 175). Direitos que permanecem no modo subjetivo, constando na letra da lei e assegurado por ela, contudo, não efetivado. É o que os estudos de Boaventura apontam.

Nestas condições, o autor revela a sua conclusão inevitavelmente do que ocorre com o direito a saúde no Brasil. Onde muitas garantias foram asseguradas na lei, porém, difíceis de efetiva-las e amplia-las a toda a população. Consequentemente, o que antes não era ofertado por carência de previsão legal, agora continua a não o ser, por falta de dotação orçamentária.

Muitas promessas lançadas, sem previsão alguma, é a sua ponderação a esse respeito. "Dai resultou a redução progressiva dos recursos financeiros do Estado e a sua crescente incapacidade para dar cumprimento aos compromissos assistenciais e providenciais assumidos para com as classes populares da década anterior" (SANTOS, 1999, p.166).

Desse debate, o autor aponta à transformação do Estado liberal no Estado Providência, que apesar de não ser um problema novo, engloba as questões sociais relacionados aos movimentos e lutas de classes. Trazendo consigo a consagração dos 'novos direitos,' onde ante a denegação de um direito acarretaria a de todos os demais"(Santos, 1999, p. 167). Muito embora esses "novos direitos", conforme o autor, em sua maioria permaneceu sendo apenas declarações de cunho político.

A despeito disso, Boaventura também discute, mostrando o risco da extrema democratização de direitos. "Essas medidas de democratização, apesar de amplas, tem limites óbvios, a desigualdade da proteção social, [...] não conseguirá mais que igualizar os mecanismos de reprodução da desigualdade". (Santos, 1999, p.177).

Muito embora, as desigualdades sociais foram “recodificadas” de modo a satisfazer as necessidades políticas, (Santos, 1999, p. 165) “a igualdade dos cidadãos perante a lei passou a ser confrontada com a desigualdade da lei perante os cidadãos [...] do acesso ao direito e à justiça por parte das diferentes classes e estratos sociais”.

Por outro lado, vale esclarecer que o autor não é contrário à democracia de direitos (direitos repartidos em igualdade para todos), e sim a uma política excludente de direitos, que consta apenas no modo escrito, porém, não acessível, ficando exclusivamente no imaginário do povo.

Nesta perspectiva, observa que os meios de resolução dos litígios extrajudiciais, de modo algum ferem a democracia. “Podem pelo contrário, ser agentes de democratização da sociedade” (Santos, 1999, p. 180). Deste modo, lembra que a sociologia tem contribuído para a democratização da justiça, no que tange às reformas diante dos casos concretos.

Disso decorre, o que Boaventura trata como inovação da politica judiciaria. “elas visam criar, em paralelo à administração da justiça convencional, novos mecanismos de resolução de litígios”. (SANTOS, 1999, p.176).

Noutras palavras, porém no mesmo sentido, vem Norberto Bobbio, trazendo um pluralismo de direitos, onde apesenta o conflito de ideias nas suas percepções dotadas do real significado do que seja direitos.

> Uma coisa é um direito; outra promessa de um direito futuro. Uma coisa é um direito atual; outra, um direito potencial; Uma coisa é ter um direito que é, enquanto reconhecido e protegido; outra é ter um direito que deve ser, mas que, para ser, ou para que passe do dever ser ao ser, precisa transformar-se, de objeto de discussão de uma assembleia de especialistas, em objeto de decisão de um órgão legislativo dotado de poder de coerção. (BOBBIO, 1992, p. 81).

Dessas reflexões, percebe-se a realidade da saúde no Brasil que não faltam leis assegurando direitos, o que carece é tê-los efetivados, ou seja, sua aplicabilidade de fato, esse é um ponto negligenciado. Na perspectiva de buscar alternativas ao acesso a assistência à saúde, surge o interesse em mostrar o “Judiciário para além do processo”.

1.4 Experiência do Judiciário para além do processo

A temática que será abordada quanto ao direito à saúde, trata-se da pesquisa de Felipe Asensi e Roseni Pinheiro (Judicialização da Saúde no Brasil). Apresenta dados ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e traz ao conhecimento público, meios extrajudiciais para resolução de problemas relacionados à saúde em diferentes localidades do Brasil. Nesse estudo com destaque ao projeto realizado no município de Lages/Santa Catarina.

Cabe destacar, que a cultura adversarial em muito carece ser submetida a uma transformação de pensamentos, ensejando um incentivo ao diálogo e a participação dos envolvidos de modo coerente e maduro. O objetivo é mostrar que existe alternativas ao modelo adversarial da judicialização, por meio dos acordos institucionais e parcerias alcança-se a construção extrajudicial.

Deste modo, importa narrar mesmo que de modo sucinto a pesquisa efetuada pelos autores. Lages município da região serrana de Santa Catarina como as demais localidades, enfrentava desafios no sistema de saúde, tanto nos serviços, quanto no fornecimento de insumos. Por essa razão, criou-se em 1997, um consórcio intermunicipal formado por 25 municípios circunvizinhos. Trabalhando em conjunto no sentido de suprir suas deficiências na saúde.

Em 2008, ocorre a assinatura do Termo de Cooperação Técnica com o Judiciário, com o objetivo de planejar estratégias para efetivação da saúde. Em 2012 é criado o Núcleo de Conciliação de Medicamentos, disponível ao usuário por meio de uma central de conciliação préprocessual. Esse espaço, intermedia o diálogo entre o Executivo e o Judiciário em matéria de saúde.

Asensi (2014, p. 90) esclarece que, “O Núcleo e o Consórcio nasceram da valorização da atuação extrajudicial para prevenir conflitos e, principalmente, promover uma perspectiva preventiva de saúde nas pessoas”. Com isso, percebe-se a importância que foi aplicada nessa atuação, partindo da premissa, “que o modelo adversarial do processo judicial seria insuficiente para lidar com as demandas específicas da saúde, sendo importante a criação de estruturas extrajudiciais que confiram maior proatividade”.

Nesta perspectiva (Asensi; Roseni, 2014, p.78), orientam que, “a experiência de Lages se concentrou em três grandes estratégias institucionais de efetivação do direito à saúde: uniformizar procedimentos e protocolos, prevenir conflitos e problemas no sistema de saúde e realizar a mediação de conflitos existentes”.

Além disso, importa observar a compreensão dos sujeitos diretamente envolvidos na efetivação das estratégias na busca do direito à saúde. O autor destaca: “a) uma visão ampliada do direito à saúde, que reforçou o caráter humano deste

direito e uma visão crítica da ideia de pessoas como números; e b) a busca de uma capacitação compartilhada de experiências entre os atores políticos e jurídicos".

Nos últimos anos no Brasil, vê-se que a judicialização disseminou-se em todas as searas da sociedade, ocasionando consequências desastrosas no judiciário. Com isso, percebe-se que a experiência de Lages trabalhando as causas do problema da saúde, consolidou-se como um meio eficaz na solução das lides.

Muito embora tenha ocorrido uma redução significativa nas demandas judiciais em Lages, ainda acontecem. Contudo, buscam-se estratégias extrajudiciais com incentivo ao dialogo no espaço voltado ao consenso, na promoção de uma mudança de pensamento, esse tem sido um dos desafios enfrentados.

Portanto, os resultados têm sido construídos nesse espaço dialógico entre as instituições jurídicas e políticas (Asensi, 2014, p. 106). "Com o propósito de promover projetos extrajudiciais calcados na prevenção de problemas de saúde e na criação de um cotidiano colaborativo e compartilhado de efetivação do direito à saúde".

Nesse sentido, apresentamos as iniciativas realizadas no Rio de Janeiro, pela administração pública em parceria com órgãos do Poder Judiciário. Dos acordos institucionais até chegar a Câmara de Resolução de Litígios em Saúde, com o propósito de atuar administrativamente, evitando ou reduzindo a judicialização nas questões de saúde.

2. DOS ACORDOS INSTITUCIONAIS

2.1 Comitê Técnico Operacional e Colegiado Gestor

Diante de toda a problemática construída em torno do aumento das demandas judiciais na década de 90 envolvendo a saúde nos tribunais brasileiros, o Rio de Janeiro foca no objeto primordial das discussões, "o que fazer para solucionar ou ao menos minimizar a judicialização da saúde". Assim, inicia-se a busca de meios alternativos que visem sua redução.

Portanto, temos esse evento no Rio de Janeiro, como marco inicial na trajetória da busca de novos caminhos para reduzir o problema da escassez de medicações ofertadas pelo SUS, sendo assim, faz-se necessário capitanear outros meios.

2.2 Do Sistema de Pedido Administrativo

Com o amadurecimento de ideias e o intercambio da administração e justiça, surgiu uma parceria impar: o Sistema de Pedido Administrativo (SPAD). Sua criação aconteceu por meio de convenio firmado em reunião no dia 26 de agosto

de 2008 na sede da Procuradoria-Geral do Estado, de acordo com a pesquisa de Mariana F. Teixeira (2011), que é bem didática e disserta o tema proposto.

A proposta inicial seria apenas fornecer medicamentos ou solicitar seu fornecimento direcionando à secretaria correta. Notadamente, o sistema de pedido administrativo implantado na ocasião foi válido na busca de medidas alternativas à judicialização. Precursor da Câmara de Litígios em Saúde do Rio de Janeiro a qual será apresentada.

3. A CÂMARA DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS EM SAÚDE

Pensando desjudicializar, como meio de obter a solução dos problemas da saúde de forma célere, os atores envolvidos nas discussões desde a criação do (SPAD) já descrita anteriormente, no Rio de Janeiro, projetam a Câmara de Resolução de Litígios em Saúde (CRLS).

As informações foram colhidas na cartilha do CONASS em artigo elaborado pela Coordenadora da CRLS (Rita de Cassia Mello) e pelo Procurador do Estado (Pedro Henrique Palheiros). A Câmara foi uma iniciativa da Procuradoria-Geral do Estado (PGE) em convênio com representantes das Secretarias Municipal e Estadual de Saúde, Defensorias Públicas do Estado e da União e do Tribunal de Justiça, todos reunidos num mesmo espaço.

Criada por meio do Convênio de Cooperação nº 003/504/2012, inaugurada em 17 de setembro de 2013, no sentido de promover o diálogo. Importa destacar que se encontram todos os atores reunidos num mesmo espaço, proporcionando acesso facilitado para a população. Diariamente são distribuídas 60 fichas de atendimento, contudo, se houver caso excepcional de necessidade o atendimento é estendido.

A CRLS é formada por uma equipe técnica multiprofissional, constituída por médicos, enfermeiros, farmacêuticos, nutricionistas e assistentes sociais, que avaliam e selecionam a necessidade dos clientes/usuários do SUS e emitem pareceres em conjunto com a coordenadora da CRLS.

A princípio, em estágio inicial ofertou o acesso a medicamentos restritos, em seguida, tratamentos da rede pública especializada, logo depois; internações, transferências, próteses, dentre outros pedidos. O projeto parte da construção de soluções que incorporam as visões de todos os Órgãos idealizadores.

Diante da exposição de schulze, o propósito é trabalhar o consenso e a resolução do litígio de forma célere e eficaz. Nas palavras da coordenadora da Câmara, “o objetivo maior engloba a redução das demandas judiciais, trabalhando os conflitos relacionados ao direito à saúde pela via consensual e extrajudicial de forma célere”.

> O judiciário não tem condições de resolver tudo e um mecanismo alternativo pode ser a teoria dos diálogos institucionais, que impactos são enfrentados diariamente pelas instituições. Há muitas situações em que a solução está apenas no contato e aproximação do gestor e não por mandatos judiciais, podendo ser resolvido de forma extrajudicial. É preciso resgatar e trazer isso para o Brasil.
>
> (Clenio Jair Schulze - Coordenador do Comitê Executivo Nacional da Saúde e do Conselho Nacional de Justiça).

No mesmo sentido, temos uma análise de Asensi, ao identificar a importância do Ministério Público de se investir em espaços dialógicos, voltados a trabalhar o consenso por meio de novos mecanismos de solução de conflitos entre os atores.

> De uma maneira geral, observa -se que o MP tem a capacidade institucional de criar um espaço de diálogos, pois possibilita a comunicação entre os principais atores que compõem o processo de formulação, gestão e fiscalização das políticas públicas em saúde. A partir do diálogo, procura -se resolver alguma deficiência no sistema de saúde por intermédio de meios não - formais e que, por vezes, se apresentam como o caminho mais adequado, de modo a estabelecer mecanismos de responsabilização dos membros da gestão e de incorporação de conteúdos participativo - societários nos consensos que são estabelecidos. (ASENSI, 2010, p. 113).

O pensamento **é demonstrar** o objetivo da proposta atual, que é buscar outros caminhos ou espaços intermediários como forma de alcançar o consenso. Conforme Asensi (2010, p. 129), “Por meio do recurso ao diálogo, tem se desenvolvido outra estratégia, que preserva a juridicidade da saúde sem necessariamente discuti-la no âmbito judicial”.

A partir desses levantamentos, na tentativa de reinserir o usuário do SUS no sistema, na busca de resolver os problemas relacionados à saúde. Apresentamos a Câmara de Resolução de Litígios em Saúde no Rio de Janeiro, como espaço voltado ao diálogo e um meio paralelo à justiça na busca de efetivar o direito.

3.1 A Câmara e o Resultado do Investimento

A Câmara de Resolução de Litígios em Saúde realizou quase nove mil atendimentos em pouco mais de um ano, de setembro de 2013 a dezembro de 2014. Cerca de 40% dos casos atendidos tiveram soluções administrativas, evitando processos judiciais, de acordo com Verônica Lopes.

Os dados apresentam atendimentos realizados em 2014 na CRLS no período de um ano de funcionamento, sendo que foram atendidos 8.882 assistidos, totalizando 12.486 solicitações de produtos ou itens solicitados. Observam que o número de atendimentos da DPU é superior ao número de atendimentos da DPE, vale lembrar que este fato, provavelmente, se deve a característica de que no estado Rio de Janeiro possui 9 hospitais federais.

No entanto, verifica-se que mesmo havendo uma quantidade superior de atendimentos da DPU, o número de itens solicitados pelas defensorias são próximos. Cabe observar que das solicitações encaminhadas às equipes de análise técnica das secretarias de saúde, em 37,17% foram realizados encaminhamento administrativo, evitando que houvesse o ajuizamento de ações do pleito pretendido.

Rita Melo e Pedro Henrique apresentam ainda, o percentual de produtos solicitados e o de produtos em que houve encaminhamento administrativo, observe que entres os produtos mais solicitados estão os medicamentos (54,53%), insumos (9,55%), consultas (7,78%) e exames (6,45%). Analisando os produtos encaminhados administrativamente verificamos que 82,91% dos encaminhamentos realizados foram consultas, 75,28% foram de exames, 67,02% internação eletiva e 64,13% foram cirurgias eletivas.

Muito embora os medicamentos componham o maior quantitativo de solicitações, os autores mostram que o percentual de encaminhamento administrativo foi de 26,31%, não atingindo percentuais consideráveis, devido ao fato de que cerca de 60% destas solicitações são de medicamentos não padronizados.

Rita Mello, Coordenadora da CRLS informa os dados da judicialização da saúde no Rio de Janeiro (RJ), Em 2013 foram 33 milhões de reais, gastos em demandas judiciais no estado do RJ.

De janeiro a julho de 2013, foram recebidos 1.398 mandatos judiciais para internações na UTI levando o Estado do Rio de Janeiro ao projeto de médicos trabalhando de plantão na central de regulação. A central de regulação classifica os pacientes de acordo com alguns critérios.

As informações inerentes à pesquisa sobre o espaço "Câmara de Resolução de Litígios em Saúde", foram colhidas em sites do Governo do Estado do Rio de Janeiro e do Instituto Innovare (CNJ). Também foi realizada uma visita extraoficial a fim de conhecer as instalações, sendo recebida por uma assessora jurídica que apresentou o local e esclareceu algumas dúvidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde e seu acesso é um tema deveras empolgante, haja vista, ser um assunto importante para toda a população, e por que não dizer, essencial, no que tange estar ligado diretamente à vida. Pleiteia-se de todas as formas necessárias a sua busca e efetivação. Já que seu acesso muitas vezes tem sido negligenciado por parte da gestão pública em saúde. Seu reconhecimento se deu com a Constituição Federal de 1988, onde teve a garantia constando em seu texto.

Contudo, a pesquisa revelou que não basta ter a lei positivada assegurando um direito. Necessário, é ver efetivados todos os direitos, esse é um dos desafios da democracia. Com base nos autores citados percebeu-se que o difícil é tornar os direitos efetivos, já que não basta constar apenas no papel.

Desses levantamentos, observou-se o estudo de Boaventura, "que não há como dissociar a administração da justiça e do direito, sem as contribuições da multidisciplinariedade sociológica e ou antropológica sem que ocorra um prejuízo incalculável no sentido de resgatar uma pluralidade de direitos que poderiam conviver e interagir de formas diferentes".

A despeito disso, o distanciamento é observado quando o cliente/usuário busca materializar seu direito à saúde da maneira mais oportuna que esteja ao seu alcance, ou seja, judicializando seu pedido. Dai, onde se iniciou o fenômeno da judicialização, onde o usuário do SUS, muito embora tenha satisfeito seu direito, sacrifique o direito do outro, além de ocasionar inúmeros problemas estruturais já tão debatidos.

No intuito de mostrar que existem alternativas ao modelo adversarial da judicialização da saúde, isso por meio de acordos institucionais e parcerias, a fim de alcançar uma construção extrajudicial para os conflitos em saúde. Nesse sentido, apresentamos a pesquisa de Felipe Asensi e Roseni Pinheiro, realizada no Município de Lages/SC.

A partir dessas reflexões sobre o tema, chega-se a conclusão da importância do poder público investir em meios paralelos extrajudiciais, que assegurem o direito à saúde, de modo a reduzir a intervenção do Poder Judiciário. Disso decorre, o que Boaventura tratou como inovação da politica judiciária.

O estudo da busca por meios alternativos à judicialização em saúde aponta a Câmara de Resolução de Litígios em Saúde (CRLS), com propósito de ofertar administrativamente o acesso a medicamentos restritos, em seguida, tratamentos da rede pública especializada, internações, transferências, próteses, dentre outros pedidos, que antes eram diretamente ajuizadas. Como resultado obtido desde sua inauguração, já apresentou 40% de redução da judicialização em saúde, sendo resolvidas administrativamente de maneira célere.

Portanto, a trajetória da pesquisa indica a Câmara de Resolução como um espaço voltado a efetivar o direito à saúde de forma a reduzir a judicialização por meio do consenso, com empenho dos órgãos aliados objetivando a despolarização dos atores envolvidos nas demandas judiciais de saúde e mostrando meios paralelos à judicialização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASENSI, F. D. **Indo além da judicialização**. O Ministério Público e a saúde no Brasil. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2010.

ASENSI. F. D.; PINHEIRO. R. **Judicialização da saúde no Brasil**: dados e experiência. Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

____**A prática do direito e o direito na prática**: Reflexões sobre a saúde. Disponível em:http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/felipe_dutra_asensi.pdf. Acesso em: 28 fev. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 05 de Out. de 1988.

BRASIL. Ministério da Saúde. Política Nacional de Atenção Básica (PNAB)/Secretaria de Atenção à Saúde. **Cartilha**. Departamento de Atenção Básica. – Brasília: Ministério da Saúde, 2012.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Brasília, DF. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Disponível em: http://www.dpu.gov.br/images/stories/arquivos/PDF/Historico_CRLS.pdf. Acesso em: 05 de fev. 2016.

GUIMARÃES. Rita C. M; DI MAIS PALHEIRO. Pedro H. Direito à Saúde. **Coleção Para Entender a Gestão do SUS** – *2015*. Medidas Adotadas Para Enfrentar A Judicialização na Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro/CRLS. Disponível em: <www.conass.org.br>. Acesso em: 02 fev. 2016.

MARQUES, S.B. Judicialização do direito à saúde. **Rev. Direito Sanit**. São Paulo, v. 9, n. 2, out. 2008.

NORONHA, J. C.; LIMA, L. D.; MACHADO, C. V. **O Sistema Único de Saúde – SUS**. In: Giovanella, Lígia et al. (Org.). Políticas e sistema de saúde no Brasil. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008.

PORTAL GOVERNO/RJ. Câmara de Resolução de Litígios em Saúde. Disponível em: < http://www.saude.rj.gov.br/> acesso em: 10 mar. 2016.

PROJETO INÉDITO DO GOVERNO DO ESTADO. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/web/imprensa/exibeconteudo?article-id=2261441>

SANTOS, B. de S. **Pela mão de Alice** - o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1999.

SCHULZE. Clenio. A judicialização da saúde e o Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: http://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/.html>. Acesso em: 12 dez. 2015.

TEIXEIRA, Mariana Faria. **Criando alternativas ao processo de judicialização da saúde**: o sistema de pedido administrativo, uma iniciativa pioneira do Estado e Município do Rio de Janeiro. 2011. 71 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/sessoes-cientificas>. Acesso em: 20 fev. 2016.

A INFLUÊNCIA DAS RELAÇÕES DE PODER PARA A ISENÇÃO DO IR AOS PORTADORES DE DOENÇAS

Samir Roque Fernandes[42]

INTRODUÇÃO

A isenção é um benefício fiscal concedido pelos entes federativos, no exercício de suas competências, aos contribuintes obrigados à prestação pecuniária, pessoas físicas ou jurídicas. Tal benefício, que inviabiliza a consumação do lançamento tributário para oportunizar a exigência do crédito fiscal, excluindo-o, pode ser outorgado por período determinado ou indeterminado, circunscrito a um recorte geográfico ou não[43]. Também pode alcançar uma quantidade indistinta de contribuintes, por não discriminá-los com a especificação de requisitos legais, ou pode ter sua abrangência seletiva[44], de modo que os sujeitos deverão reconhecer as exigências previstas em lei e demonstrar, à autoridade administrativa, que cumprem as condições para receber o benefício isentivo. Assim, por exemplo, o portador de uma doença, *a priori*, deverá constatar que a própria esteja prevista, explicitamente, no inciso XIV, do artigo 6º, da Lei 7.713/88. Supondo que exista tal previsão, o enfermo cogitará a isenção do Imposto de Renda (IRPF) para não sofrer tributação no rendimento decorrente da sua aposentadoria, pensão ou reforma. Então, para embasar seu pedido o doente deverá obter um laudo pericial, expedido pelo serviço médico oficial do ente federativo, de preferência o da fonte pagadora, atestando a moléstia. Então o laudo será repassado ao órgão pagador para os trâmites complementares à concessão da isenção.

No caso da isenção concedida em caráter individual, vale ressaltar que sua outorga, em regra, não consolida o direito adquirido, de modo que o beneficiário deverá "renovar" o despacho favorável, sob o revés de perder a benesse, na for-

42. Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Católica de Petrópolis – UCP.

43. Veja, na Lei 5.172/66 (CTN), o artigo 176, parágrafo único.

44. Conforme o artigo 179, caput, do CTN.

ma do artigo 179, §2º c/c o artigo 155 e incisos, do Código Tributário Nacional (CTN). Assim, supondo que a doença seja passível de controle ou cura, o laudo pericial deverá conter o prazo de validade, de modo que o enfermo precisará se submeter à nova perícia para obter a revalidação do atestado, antes do vencimento do primeiro, a fim de pleitear a continuidade do benefício fiscal. Deste modo, se verificando que o contribuinte já não atendia ou deixou de atender as condições e requisitos legais, seu favor isentivo será anulado ou cassado, e ele ainda poderá sofrer as consequências previstas nos incisos do artigo supracitado, além de eventuais sanções penais.

Face o exposto, este trabalho tem como plano de fundo a isenção do imposto de renda às pessoas físicas (IRPF) portadoras de doenças, contempladas ou não pelo benefício fiscal. Assim a Lei 7.713, de 22 de Dezembro de 2008, elencou no artigo 6º, XIV, as moléstias que justificam o pedido de isenção do IRPF aos aposentados e pensionistas ou reformados. Então, por exemplo, uma doença causadora de imunodeficiência, cardiopatia grave ou esclerose múltipla – entre outras moléstias diagnosticadas pela medicina especializada, ainda que ocorrentes após a aposentadoria/reforma do contribuinte – seria a condição para o pleito desta isenção. Entretanto, cabe indagar sobre os motivos pelos quais certas moléstias, como a Doença de Alzheimer, Lúpus, Epilepsia e Artrite Reumática, entre outras, ainda carecem de reconhecimento e previsão legal específica[45], causando empecilho para que os portadores usufruam diretamente do benefício fiscal. Isto porque o artigo 111, II, do Código Tributário Nacional (CTN) positivou que a legislação tributária referente à outorga de isenção deve ser interpretada literalmente. Assim, no caso da Doença de Alzheimer, por exemplo, ao requerer a isenção do IRPF, seu portador tende a receber o despacho denegatório da autoridade administrativa, pois tal moléstia não foi explicitamente citada no artigo 6º, XIV, da Lei 7.713/08, forçando um obstinado doente a judicializar o pleito para tentar obter o benefício fiscal em auxílio do direito à saúde[46].

Nesse contexto, independente dos critérios adotados para formação do rol de moléstias contidas no artigo supracitado, parte-se da premissa que as relações

---

45. Neste contexto, apesar da tramitação do Projeto de Lei 467, de 2003, da autoria do Senador Paulo Paim, para extensão da isenção do Imposto de Renda aos portadores da Doença de Lúpus, Epilepsia e Artrite Reumática, verifica-se que a inserção dessas doenças não está prevista na Lei 7.713/88 e no artigo 39, XXXIII, do Decreto 3.000/99. Tramita ainda o Projeto de Lei 4.703/2012, proposto pelo Senador Vicentinho Alves (PR/TO) para inserir a Lúpus, especificamente, entre doenças passíveis do pedido de isenção.

46. Veja, por exemplo, o **Processo 0007896-25.2011.4.03.6100/SP**, que culminou na concessão da isenção pela 4ª Turma do Tribunal Regional do Federal da 3ª Região, em benefício de uma aposentada portadora desta doença.

de poder influenciaram a composição dessas doenças e ainda têm ingerência sobre a concepção de novos projetos de lei, na deliberação parlamentar e quiçá no eventual manifesto do Poder Executivo, no processo legislativo. Deste modo objetiva-se analisar certos fundamentos teóricos das relações de poder e como tais relações podem influenciar a elaboração de um projeto de lei dedicado à isenção do IRPF aos portadores de graves doenças.

Na persecução dos objetivos citados, o artigo apresentará uma reflexão teórica sobre as relações de poder, contextualizando-as com o Direito Tributário. Em seguida, se desdobrará a ponderação sobre como as relações de poder influenciam as estratégias de reivindicação do direito à saúde culminando na elaboração de projetos de lei isentiva. Concluindo, será cogitado se as relações de poder influenciam o garantismo e o populismo, resguardando, supostamente, o direito à saúde, mas desprestigiando, *contrario sensu*, outras minorias.

Quanto à relevância do estudo, destaca-se a interdisciplinaridade entre Direitos Humanos e o Direito Tributário, demonstrando-se que este consiste em um campo fértil para a análise dos direitos fundamentais. E mesmo sem esgotar o tema proposto pretende-se elucidar a importância da isenção fiscal para a promoção do direito à saúde e a realização da dignidade da pessoa humana, bem como sinalizar para a possibilidade de judicialização da isenção quando, em decorrência do critério de interpretação concebido, portadores de certas moléstias não têm prontamente atendido o direito social à saúde, dever prestacional do Estado[47].

1 REFLEXÕES TEÓRICAS SOBRE AS RELAÇÕES DE PODER.

No contexto deste artigo, uma "relação" (do latim *relationis*) pode ser analisada como *a ligação que existe entre pessoas, coisas e fatos e o indicador de certo grau de semelhança*. Já o "poder" (*potere*) denota *a oportunidade, capacidade ou motivo para algo* (MICHAELIS, 2016). Assim, uma relação de poder pode ser compreendida como a oportunidade, decorrente de um vínculo, para a manifestação da motivada capacidade para influenciar uma situação. Ademais, se uma relação evidencia o indicador de um "certo grau de semelhança", pode-se refletir que a motivada capacidade para influenciar não aponta uma única via, um sentido vertical e/ou horizontal específico, de modo que os atores desta relação interagem, com alguma semelhança quanto aos meios e fins, influenciando mutuamente os desdobramentos observados.

---

47. CRFB/88, artigo 6º C/C artigo 196.

Tal influencia pode ser exercida por várias formas de poder. Sem prejuízo das classificações concebidas, vale destacar a taxionomia das bases de poder, formulada por FRENCH E RAVEN (1959), consagrada no estudo do poder e da influência interpessoal. Assim, ressaltam MENDONÇA E DIAS (2006) que:

> *French e Raven (1959) também apresentaram uma taxonomia de bases de poder que, ainda hoje, é amplamente aceita, pesquisada e ensinada em várias disciplinas. Hinkin e Schriesheim (1989, p.561), por exemplo, destacam que "apesar do número de tipologias ou modelos existentes, talvez a mais influente seja a de French e Raven (1959)". Ainda segundo Hinkin e Schriesheim (1989), a tipologia de French e Raven (1959) é apresentada na maioria dos livros textos e é também o modelo mais frequentemente adotado nas pesquisas sobre poder. Nesse sentido, observa-se que, na literatura sobre comportamento organizacional, poder é um tema bastante discutido. Yukl e Falbe (1991) e Somech e Drach-Zahavy (2002) salientam que a tipologia de French e Raven (1959) tem sido uma das abordagens mais populares para a conceituação das bases de poder na influência interpessoal.*

De fato, embora a tipologia de FRENCH E RAVEN seja prestigiada no estudo do comportamento organizacional, em Administração e Psicologia das Organizações e do Trabalho, por exemplo, constata-se que esta formulação é dinâmica e tem aplicabilidade em diversos estudos sobre as relações de poder, servindo, deste modo, como fonte interdisciplinar às reflexões propostas neste artigo. Assim é possível compreender que os poderes de recompensa, coerção, legitimação, de referência e perícia, podem ser manifestados em complexas organizações, grupos e também na relação entre indivíduos. A propósito, MARTINS pondera que:

> *(...) poder legítimo deve-se à posição que o poderoso ocupa; poder de coerção, diz respeito ao controle do poderoso sobre punições; poder de recompensa refere-se ao controle do poderoso sobre prêmios; poder de perícia, baseia-se no conhecimento ou na especialidade do poderoso e ao reconhecimento por parte do influenciado de que este poderoso é especialista em determinado aspecto, e poder de referência deve-se ao reconhecimento de que o influenciador serve como modelo de identificação para o influenciado.*

Controlando uma ou mais bases de poder, os indivíduos poderão figurar como subordinadores e/ou subordinados em uma situação. Deste modo, no contexto da relação tributária, por exemplo, quando o Estado exige um tributo do contribuinte, está exercendo os poderes de legitimação e coerção, posto que o cidadão legitimou-o como soberano e incumbiu-o de obter meios para promover o bem-estar social. Assim, quando o contribuinte, na condição de sujeito passivo, não cumpre sua prestação pecuniária e compulsória, o Estado tomará as medidas cabíveis para viabilizar a arrecadação tributária, enquanto exerce o poder coercitivo para imputação das consequências pelo descumprimento da obrigação. Por outro lado, retomando o significado de "relação" como o indicador de "certo grau de semelhança", também se percebe o contribuinte, mesmo como sujeito passivo, invocando o status de agente legitimador para exigir do Estado que a arrecadação seja revertida, de forma vinculada ou desvinculada, em obras e serviços públicos para viabilizar o exercício dos seus direitos e satisfazer suas necessidades. Neste sentido, embora o sujeito submeta-se, conferindo poder ao Estado para impor-lhe deveres, tal submissão lhe confere o poder do direito, o poder de ter o direito de exigir uma contraprestação nesta relação recíproca de legitimidade.

Com base no exemplo citado é possível reparar o comprometimento assumido pelos atores nesta relação de poder. Deste modo, o subordinador e o subordinado, o sujeito ativo e o sujeito passivo na relação tributária, exercerão o compromisso correspondente ao papel assumido. Tal compromisso, em Foucault, pode ser associado, à "disciplina" que vincula os agentes a cumprirem seus deveres sob o revés da punição. Neste sentindo, FERREIRINHA E RAITZ (2010) refletem que:

> *Foucault discorre que as relações de poder postas, seja pelas instituições, escolas, prisões, quartéis, foram marcadas pela disciplina: "mas a disciplina traz consigo uma maneira específica de punir, que é apenas um modelo reduzido do tribunal" (Foucault, 2008:149). É pela disciplina que as relações de poder se tornam mais facilmente observáveis, pois é por meio da disciplina que estabelecem as relações: opressor-oprimido, mandante-mandatário, persuasivo-persuadido, e tantas quantas forem as relações que exprimam comando e comandados.*

Face o exposto, deve-se ressaltar que a disciplina, vislumbrada em Foucault, está inicialmente inserida em um contexto organizacional delimitado (escolas, prisões, quartéis, etc.), entretanto, aqui se entende que o significado de disciplina comporte um sentido mais amplo e versátil, sendo inerente a qualquer relação de poder. Não a disciplina institucional especificamente, mas a disciplina, *lato sensu*, que impõe compromissos, que estabelece deveres.

Não obstante, deve-se reconhecer, em Foucault, que as práticas disciplinares organizacionais podem influenciar diversos grupos e indivíduos, ainda que estes não pertençam a certa instituição em determinado momento. Deste modo se reconheceria uma estratégia de poder nas relações entre os sujeitos, posto que o Estado influencie as práticas institucionais e que as instituições disseminam esta influência ao acolherem os sujeitos em determinada ocasião. Neste sentido, referenciando Foucault, CAPELLE, MELO E BRITO (2005) acentuam que:

> *Como práticas disciplinares, largamente disseminadas em escolas, exército, asilos, e até mesmo nas empresas capitalistas, se constituem em estratégias de poder que se transformam em práticas discursivas que disciplinam o corpo, instituindo gestos, atitudes, condutas e posturas, regulam a mente e ordenam as emoções.*

Assim, é importante destacar que o poder não é exercido em uma única via ou sentido, por um agente que o detém exclusivamente, pois todos os atores envolvidos são sujeitos condicionados à disciplina. O poder também não está contido em uma fonte, grupo ou classe específica, ou em um objeto determinado, mas emana e circula nas relações sociais de forma dinâmica e versátil, fomentando a disciplina e uma rede de tensão, graças à visibilidade de todos os atores. Tal entendimento, conforme CAPELLE, MELO E BRITO (2005):

> *Possibilita também escapar à visão de que o poder está somente ligado à hierarquia organizacional e à organização, relativizando a ideia da organização como dominadora e dos empregados como dominados e submissos. Esse poder como capacidade de agir sobre a ação do outro, segundo Meyer (1996), difere da dominação, no sentido de relações de poder fixas e assimétricas nas quais a possibilidade de resistência deixa de existir.*

Nesse contexto, partindo-se da premissa que as relações de poder instituem a disciplina, esta será mais efetiva com a exposição, a visibilidade dos atores nessa rede de tensão. A visibilidade produz a informação, o saber, fortalecendo a disciplina e fomentando o exercício do poder em uma relação. Esta ideia se baseia no conceito de Foucault sobre a sociedade vigilante que evoluiu, conforme SILVA (2007), para a sociedade disciplinar na medida em que a vigília e o saber extrapolaram o âmbito institucional fechado passando à sociedade.

Ademais, com a expansão da vigília e do saber, a rede de tensão foi sendo ampliada na medida em que mais indivíduos, detentores da informação, puderam se policiar e fiscalizar os outros, assim como as próprias instituições. É o poder, em suas diversas expressões, circulando descentralizado pela rede social.

Outro ponto relevante, no tocante as relações de poder, é que sua amostra é circunstancial, de modo que uma ou mais formas de poder se manifestarão de acordo com o caso concreto. Assim não é recomendável deduzir que o poder possa ser compartimentalizado ou que as espécies de poder, em suas diversas classificações, sejam exercidas em "circunstâncias casadas", absolutamente compatíveis em uma lógica. As relações de poder são dinâmicas e não absolutamente estáveis.

2 RELAÇÕES DE PODER E REIVINDICAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Começando a reflexão sobre como as relações de poder influenciam estratégias de reivindicação do direito, inclusive do direito à saúde, com a elaboração de projetos de lei isentiva, é oportuno destacar a circulação do poder nas relações entre três núcleos primários: classes sociais, partidos e estamentos. A dinâmica desses grupos ponderados por MAX WEBER (1946), pode servir como parâmetro para a visualização sobre como as relações de poder fomentam a invocação de direitos.

Classes sociais podem ser caracterizadas pelos grupos de indivíduos com similar condição patrimonial, detentores de rendas e proventos situados na mesma faixa, portadoras de análogas convicções, experiências e perspectivas de vida, de cultura semelhante. Os partidos, segundo WEBER (1982), são representados por grupos agregadores que, através da socialização, almejam a concentração do poder social para controlar a rede de influência e alcançar suas metas. Já os estamentos são caracterizados pela concentração do status relevante para um grupo estamental, pelo acúmulo de honrarias que invocam privilégios sociais e materiais, e ditam um estilo de vida, perante outros grupos.

Face o exposto, deve-se ressaltar que certo núcleo, na realidade, pode não apresentar formas características e delimitativas tão cristalinas. Isto porque uma classe social, por exemplo, pode ser integrada por membros do estamento; um partido pode agregar membros de classes sociais e estamentos; e um estamento, inserido em outros núcleos, pode influenciar as pretensões de partidos e classes, direta ou indiretamente. Assim, considerando que o exercício do poder é dinâmico, é possível perceber a interação e a influência mútua entre os grupos que compõe esses três núcleos. No contexto histórico nacional, observando a estruturação política e social do país até o governo de Getúlio Vargas, FAORO (2001) já refletia sobre esta dinâmica que ainda pode ser percebida na atualidade:

> *(...) a camada dirigente atua em nome próprio, servida dos instrumentos políticos derivados de sua posse do aparelhamento estatal. Ao receber o impacto de novas forças sociais, a categoria estamental as amacia, domestica, embotando-lhe a agressividade transformadora, para incorporá-las a valores próprios, muitas vezes mediante a adoção de uma ideologia diversa, se compatível com o esquema de domínio. As respostas às exigências assumem caráter transacional, de compromisso, até que o eventual antagonismo dilua, perdendo a cor própria e viva, numa mistura de tintas que apaga os tons ardentes. As classes servem ao padrão de domínio, sem que orientem a mudança, refreadas ou combatidas, quando o ameaçam, estimuladas, se o favorecem.*

Ademais, partindo da premissa que os partidos almejam o poder social e tendem a concentrá-lo com/para a realização das suas metas, deve-se notar a postura provedora do chefe, ou chefes elevados pelos partidos, no sentido de realizar os interesses e necessidades dos estamentos e classes sociais.

Embora a menção ao chefe, em FAORO (2001), se reporte à figura do rei, do imperador e do presidente, na atualidade é possível constatar aspirações similares em outras figuras que, apesar de não serem soberanas, também comungam, até certo ponto, em tese, das aspirações do *bom príncipe*. É o caso dos diversos agentes políticos, por exemplo. Aqui não se questiona a soberania do chefe, mas se pretende demonstrar, em conformidade com FAORO (2001), que um agente político também pode se preocupar com os interesses particulares e mesmo que não possa atendê-los, ao menos poderá pleitear os incentivos e benefícios de forma geral ou individual. Nesse plano, de acordo com WEBER (1982), é possível

constatar as relações de poder: certo agente político, para edificar o poder social do seu partido e garantir o poder de legitimidade para influenciar mais a ação comunitária, pode almejar, por exemplo, a realização de uma meta pessoal agregando mais status para si e seus pares. Em contrapartida, na dinâmica dessas relações, os cidadãos, impossibilitados de rogarem diretamente ao chefe, invocam a representação dos seus escolhidos para intermediarem o pleito (de concessão da isenção fiscal, por exemplo) enquanto estes exploram a oportunidade de acumular status pessoal, de edificar o poder social do seu partido e quiçá enfraquecer outros grupos partidários, ao visarem os interesses dos seus representados. Já o estamento pode ser percebido desempenhando sua flexibilidade ao interagir com os núcleos partidários e de classes, absorvendo as benesses que os outros podem oferecer para conservação dos seus próprios interesses.

Fazendo uma correspondência com as relações de poder, é importante ressaltar que a reivindicação do direito à saúde, segundo ASENSI (2013), pode ser reconhecida como *estratégia de atuação da sociedade civil em relação aos seus direitos*, em contraposição à percepção de FAORO (2001) em que o povo seria um parasita, carente de proteção do Estado, no contexto histórico abordado por este autor.

Ainda concernente às estratégias de atuação, ASENSI (2013) ressalta a vultosa judicialização da saúde no Brasil, embora outras formas de resolução de conflitos não sejam desconsideradas, como a mediação e a arbitragem, por exemplo. Interessante notar a atuação da sociedade neste contexto, cujos membros não ficam passivos, assumindo o conflito para buscar a satisfação dos seus interesses, a realização dos seus direitos, inclusive o direito constitucional à saúde em um sistema contemporâneo carente de aperfeiçoamento.

Considerando o legado da *civil law*, ASENSI (2013) constata que determinados grupos da sociedade civil também têm como estratégia, paralela à judicialização, a realização de movimentos sociais para fomentar o “direito vivo”, proposto por EHRLICH, em busca do reconhecimento do seu direito à saúde pelo Estado, através da concepção e do aprimoramento de leis.

Assim, avaliando-se que os movimentos sociais podem servir como estratégia para reivindicação do direito à saúde, entre outros, é preciso destacar as relações de poder visualizáveis neste plano. Por causa das dificuldades de acesso à justiça e ao direito, pode-se constatar a mobilização social, inclusive em redes virtuais e aplicativos de mensagens, de grupos autônomos ou inseridos em partidos políticos, sindicatos e igrejas, etc., para influenciar e pressionar os agentes políticos competentes na deflagração e condução do processo legislativo.

Na rede de relacionamento *Facebook*, por exemplo, se constatou diversos grupos de solidariedade, orientação e manifesto em atenção às doenças, como por exemplo, o *Lúpicos no Estado do Rio de Janeiro*, que este ano se mobilizou para pressionar a aprovação do projeto de lei 7.797/2010.

No tocante às relações de poder, pode-se afirmar que a mobilização extrajudicial da sociedade civil também acarreta a pressão do Poder Legislativo, para efetivação do direito à saúde, entre outros. Assim ASENSI (2013) destaca que, no país, o itinerário dos cuidados à saúde, na dimensão social, "recebe forte influência da participação social, que se desenvolve de maneira perene, sobretudo em mecanismos institucionais (Conselhos e Conferências)". E ressalta ainda que:

> *(...) no âmbito extrajudicial, observa-se uma pluralidade de práticas e estratégias que não necessariamente se encontraram inscritas e determinadas por procedimentos previstos normativamente, tampouco orientadas processualmente por normas estatais. Tais estratégias podem variar desde a existência de redes de solidariedade e informais, até mesmo formas de composição de conflitos, tais como a mediação extrajudicial. De fato, o âmbito extrajudicial pode permitir aos diversos autores um protagonismo mais efetivo e menos visível na definição das regras de resolução de conflitos e, ainda mais, na condução do processo decisório.*

Deste modo espera-se elucidar a importância da isenção para a promoção do direito à saúde. O seu pleito, através da mobilização social de certos grupos, pode ser vislumbrado como estratégia de efetivação do direito, com o fomento das relações de poder, não se restringindo à judicialização (mas sem desconsiderá-la). Se por um lado, a carência de previsão legal específica instiga o conflito conduzido à apreciação do Poder Judiciário – posto que, de acordo com ASENSI (2010), *o campo da produção jurídica envolve o embate e conflito de opiniões, interesses e perspectivas sobre os fatos sociais* – por outro a mobilização social, contando com o interesse, apoio e representação de agentes políticos, evidencia uma engrenagem extrajudicial do *pluralismo no processo político-decisório,* em busca do aperfeiçoamento e da efetivação do direito à saúde.

3 AS RELAÇÕES DE PODER E O RISCO PARA REALIZAÇÃO IGUALITÁRIA DO DIREITO.

Na seção anterior ponderou-se como as relações de poder influenciam as estratégias de reivindicação do direito à saúde, mas o inverso também é plau-

sível, de modo que as estratégias adotadas pela mobilização social também influenciam as relações de poder. De qualquer forma é preciso refletir sobre os riscos e prejuízos que essas relações podem causar ao vigor dos princípios constitucionais, especialmente a igualdade, apregoada no caput do artigo 5º da Constituição Federal, que pressupõe a saúde como *direito de todos e dever do Estado*, na forma do artigo 196, e o princípio da isonomia tributária, fundamentado no artigo 150, II, que invoca a aplicação igualitária da lei aos sujeitos que se encontrem em análoga situação econômica.

No contexto das relações de poder foi observado os múltiplos interesses cultivados pelos atores envolvidos, seja um grupo social particular, um agente político, partido ou estamento. Muitas vezes esses interesses estão fundamentados em reivindicações legítimas e compromissos políticos formalmente assumidos, entretanto, objetivos que instigam o acúmulo de poder podem resultar na desvirtuação dessas motivações. Assim o poder, que poderia ser compreendido como o meio para a manutenção do equilíbrio social e a proteção de virtudes, tende a se tornar o fim absoluto de controle e supremacia.

Neste contexto o desequilíbrio, fomentado pelas relações de poder, pode ser mais acentuado no pluralismo evidente no processo político-decisório, que, segundo ASENSI (2010), apresenta três características: a incidência de fatores sociais, inseridos nas relações de poder, para produção jurídica; o conflito de interesses decorrentes da produção jurídica; e a atuação dos partidos na tentativa de equilibrar os interesses envolvidos, amenizando os conflitos. Interessante notar, como destaca o autor, a tentativa de certo grupo prevalecer no debate, imprimindo sua convicção pessoal na forma de norma positivada. Aí é possível apontar um risco para a manutenção da igualdade: se um núcleo de poder prevalecer, abdicará deliberadamente de tantos interesses em prol dos opositores? Como tratará as consequências e resultados do conflito em relação à coletividade indistinta que permaneceu indiferente ou careceu de representação na questão debatida? Deste modo, resultando da disputa de poderes, ter-se-á uma norma que representará mais intimamente interesses particulares em detrimento da coletividade.

De outra forma, ainda que a aprovação de uma lei não evidencie os interesses de grupos específicos, considerando que a prosperidade e a sanção do projeto está relacionada, segundo ASENSI (2010), à sua capacidade de comportar diversos interesses, principalmente dos parlamentares e dos mais variados grupos de pressão, a integridade do instrumento e a conservação da suposta virtude essencial estaria ameaçada pelas intervenções motivadas por interesses diversos, não necessariamente harmônicos e solidários.

Ademais, avaliando os interesses envolvidos na dinâmica das relações de poder, não é descabido ponderar que as iniciativas políticas podem decorrer da influência pessoal manifestada na privança do agente político, na sua convivência com terceiros familiares. E ainda, mesmo que seja proveniente da pressão de grupos externos, a ambição pelo status pessoal e o empenho para edificar o poder partidário, pode instigar uma postura populista e assistencialista menos comprometida com os princípios constitucionais como a igualdade.

Assim, apesar de um grupo ser dignamente beneficiado, tais posturas podem suprimir outros grupos que, apesar de viverem situações análogas de gravidade patológica ou de necessitarem de similar tratamento custoso, serão desprestigiados pela ausência de representação, pela carência de influência política e poder reivindicatório. Assim o problema na distribuição igualitária da saúde e a realização da dignidade da pessoa humana, nesse contexto, é menos uma questão de legitimidade e mais o fato da restrição do empoderamento para efetivação do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Face o exposto, constatou-se que as relações de poder transitam em uma rede de tensão, enfraquecendo a promoção igualitária do direito à saúde, pois sua realização é influenciada pelos grupos que concentram maior poder, enquanto outros, carentes de representação e mais influência, podem ser desprestigiados. Isto é verificável nas legítimas mobilizações sociais de certos grupos, que alcançam maior visibilidade, tentando disciplinar os agentes políticos no exercício das suas reivindicações enquanto os próprios agentes vislumbram o status pessoal enquanto buscam, com a deflagração do processo legislativo, ampliar o poder do seu partido. Assim, como já exposto, ao invés do poder servir à manutenção do equilíbrio social e a proteção de virtudes, tende a se tornar o fim em si mesmo para obtenção do controle e supremacia. Então é preciso vigiar para que a igualdade não seja conquistada e realizada por aqueles que detêm e que se equiparam em poder, pois o princípio da igualdade e a promoção do direito à saúde deve observar a necessidade, não dependendo decisivamente do empoderamento, mas sim do discernimento e do reconhecimento para sua realização.

BIBLIOGRAFIA

ASENSI, Felipe Dutra. *Saúde, Poder Judiciário e sociedade: uma análise de Brasil e Portugal*. Physis Revista de Saúde Coletiva – UERJ, n.23(3). Rio de Janeiro: EDUERJ, 2013.

____________________. *O direito à saúde no Brasil: reflexões iniciais.* In: “Indo além da judicialização: O Ministério Público e a saúde no Brasil”. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

CAPELLE, Mônica Carvalho Alves; MELO, Marlene Catarina de Oliveira Lopes; BRITO, Mozar José de. *Relações de poder segundo Bordieu e Foucault: uma proposta de articulação teórica para a análise das organizações*. Revista de Organizações Rurais e Agroindustriais, v.03(7). Lavras, 2005.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.

FERREIRINHA, Isabella Maria Nunes e RAITZ, Tânia Regina. *As relações de poder em Michel Foucault: reflexões teóricas.* Revista de Administração Pública – FGV, n.44(2). Rio de Janeiro, 2010.

MARTINS, Maria do Carmo Fernandes. *Bases do poder organizacional.* Disponível em < http://www.larpsi.com.br/media/mconnect_uploadfiles/c/a/cap_01er.pdf>, acessado em 27. Jul. 2016, às 19h15.

MENDONÇA, José Ricardo Costa e DIAS, Sônia Maria Rodrigues Calado. *De French e Raven (1959) ao modelo poder/interação de influência interpessoal: uma discussão sobre poder e influência social.* Cadernos EBAPE – FGV, n.4(4). Rio de Janeiro, 2006.

SILVA, José Cláudio Sooma. *Foucault e as relações de poder: o cotidiano da sociedade disciplinar tomado como uma categoria histórica.* Revista Aulas – UNICAMP, n.03. São Paulo: 2006-2007.

WEBER, Max. *Ensaios de Sociologia*. 5ed. São Paulo: LTC, 1982.

BRASIL. Lei 7.713, de 22 de Dezembro de 1988. *Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências.* Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7713.htm >, acessado em 27. Jul. 2016, às 17h23.

NOTAS TÉCNICAS E RESPOTAS TÉCNICAS RÁPIDAS: SEU USO NAS DECISÕES JUDICIAIS EM SAÚDE.

Semíramis Domingues Diniz[48] e Tiago Lopes Coelho [49]

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 rompeu com o modelo de saúde vigente, o seguro social, financiado por recursos estatais e contribuições de empresas e empregados. Nesse modelo, o direito aos serviços de saúde era restrito aos trabalhadores que contribuíram e seus respectivos familiares. O seguro social foi então substituído pela seguridade social que tem como propósito o bem estar e a justiça social (FLEURY, 2010; MOURA, 2013; NORONHA; LIMA; MACHADO, 2014). Toda a população passa a ter direito universal à saúde, o que configura um elenco de ações e serviços aptos a garantir a promoção, proteção e recuperação da saúde e cabe ao Estado assegurar esse direito de acordo com o artigo 196 da Constituição Federal (SANTOS, 2012; DINIZ et al, 2014; YAMIN; FRISANCHO, 2015; RAMOS et al, 2016).

Por meio de políticas públicas e programas o direito à saúde é exercido. Como exemplo, a Política Nacional de Medicamentos (PNM), que tem como intuito garantir a necessária segurança, a eficácia e a qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais (BRASIL, 1998). Entende-se como essencial, os medicamentos que contemplam as principais necessidades de saúde da população, esses compõem a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), modelo para a definição de listas de medicamentos essenciais no âmbito estadual e municipal (BRASIL, 2007).

A PNM também reorientou o modelo de Assistência Farmacêutica, antes focado apenas na aquisição e distribuição de fármacos, agora com ações voltadas

48. Farmacêutica. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública da Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: semirinhadomingues@hotmail.com

49. Advogado, Mestre em Saúde Pública. Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública da Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: tiago.lopesc@yahoo.com.br

para a promoção do acesso dos cidadãos aos medicamentos essenciais (BRASIL, 1998). Além da RENAME, a Assistência Farmacêutica é responsável pelos medicamentos estratégicos utilizados para doenças que representam problemas de saúde pública, e dos medicamentos excepcionais, também chamados de medicamentos de alto custo (BRASIL, 2007).

A despeito de todos esses direitos, o Estado enfrenta dificuldades em garantir o acesso dos indivíduos a todos os medicamentos que deveriam ser fornecidos pelo serviço público já que constam nas listas oficiais do SUS, seja pela falta de verba para a saúde ou precariedade da gestão da Assistência Farmacêutica, o que gera ensejo a Judicialização da Saúde (VIEIRA; ZUCCHI, 2007; BRASIL, 2007). Ou seja, a busca do Judiciário como alternativa para obter o acesso a determinados medicamentos sejam eles fornecidos pelo SUS ou que estão fora das listas governamentais de dispensação gratuita.

Ações judiciais pleiteadas por ativistas da Aids na década de 90, foram um dos primeiros casos de processos de saúde deferidos pelo judiciário (SCHEFFER; SALAZAR; GROU, 2005; BIEHL; PETRYNA, 2016). Desde então, o número de litígios de saúde vem aumentando no cenário brasileiro. No Estado de Minas Gerais, em 1999, foram registrados dois casos de pedidos de liminares entre outubro e dezembro (COELHO et al, 2014), já em 2015, 15291 processos foram ajuizados contra o Estado. Desde 2010, os valores despendidos pela União com a Judicialização da Saúde aumentaram em 727%, de 2010 até julho de 2016 os gastos do orçamento Federal com os cumprimentos das sentenças totalizaram 3,9 bilhões de reais (BRASIL, 2016).

O progressivo número de pleitos jurídicos onera os Estados e a União que já convivem com orçamentos escassos para a saúde e precisam redirecionar parte da verba para atender as demandas judiciais na compra de tecnologias em saúde, entre elas, o medicamento. Esses, muitas vezes, são de alto custo, não são contemplados pelo sistema público de saúde, mas possuem substitutos nesses, alguns apresentam eficácia não comprovada, segurança duvidosa, outros não têm registro na ANVISA, mas, na maioria dos casos, são deferidos pelo judiciário (NETO, 2009). Esses justificam que não tem conhecimento técnico científico para ir contra a prescrição médica (MOCELIN, 2013).

Diante desse cenário da Judicialização da Saúde, o Supremo Tribunal Federal (STF) em 2009, convocou a Audiência Pública visando elucidar questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde (STF, 2009). Na Audiência foi argumentado o fato de o Juiz

conceder qualquer tipo de tecnologia em saúde sem levar em consideração as evidências científicas disponíveis. Por isso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2010, editou a Recomendação n° 31, onde aconselha aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que celebrem convênio que ofereçam apoio técnico de médicos e farmacêuticos para respaldar e orientar, seguindo a medicina baseada em evidências, as decisões judiciais (BRASIL, 2010).

A Secretaria Estadual de Saúde de Minas Gerais (SES/MG), desde 2010, estabelece convênios com órgãos que elaboram Notas Técnicas (NT) e Respostas Técnicas Rápidas (RTR) para fundamentar as decisões do Judiciário deste Estado. As NT são elaboradas com base na revisão da literatura em busca das melhores evidências científicas. Elas precisam ser elaboradas de forma clara, concisa e objetiva (CCATES, 2016). Respostas técnicas rápidas são Notas Técnicas de breve elaboração, para ações que requerem informações qualificadas imediatas, sem a necessidade de levantamento bibliográfico complexo (TJ/MG, 2014).

Os órgãos que fornecem ou já forneceram NT e RTR para a SES/MG são: Núcleo de Avaliação de Tecnologia em Saúde (NATS) do Hospital das Clínicas de Minas Gerais, o Centro Colaborador do SUS Avaliação de Tecnologias e Excelência em Saúde (CCATES), Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde (NAJS), que elaboram Notas Técnicas (NT) e Respostas Técnicas Rápidas (RTR) para fundamentar as decisões do Judiciário deste Estado.

O presente trabalho visou analisar como o Judiciário do Estado de Minas Gerais utiliza as informações técnicas fornecidas pelas NT e RTR para fundamentar sua decisão frente às ações interpostas contra o Estado de Minas Gerais com pedidos de medicamentos nos anos de 2014 e 2015.

MÉTODOS

Trata-se de um estudo descritivo e transversal. Os dados utilizados referem-se às NT, RTR disponíveis na biblioteca virtual no campo Judicialização da Saúde do site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ/MG). E aos processos judiciais também disponíveis no site do TJ/MG referenciados nas NT e RTR, com demandas de medicamentos impetrados contra o Estado de Minas Gerais nos anos de 2014 e 2015.

Foram selecionadas uma amostra aleatória, seguindo a ordem de apresentação das NT e RTR no site do TJ/MG. Apenas NT e RTR com pedidos de medicamentos cuja ação foi interposta contra o Estado de Minas Gerais foram elegíveis.

As NT, RTR e os processos judiciais foram caracterizados por meio do preenchimento da tabela formulada no Microsoft Office Excel 2007® pelos próprios

autores da pesquisa, segundo as variáveis: número do processo/ Vara; medicamento demandado; há existência de registro na ANVISA; se o medicamento demandado é fornecido pelo SUS; há similar no SUS; órgão responsável pela produção da NT e RTR; conclusão da avaliação técnica; solicitante da NT/ RTR; resultado da decisão Judicial.

Para analisar como as NT e RTR estão embasando as decisões judiciais, foi realizado uma verificação dos argumentos mais frequentes presentes nos processo judiciais que se referem as NT e RTR utilizados pelos Juízes para deferir ou não a ação. Na análise de proporção de conformidade entre a recomendação técnica e a sentença judicial, a tabela que contém informações das NT e RTR possui uma coluna com duas opções de preenchimento (contrário e favorável) referentes às decisões das NT e RTR de recomendar ou não a liberação do medicamento pleiteado via judicial. Também há outra coluna com duas possibilidades de preenchimento (contrário e favorável) referente à decisão judicial. Foi feita uma comparação entre essas colunas para analisar se há conformidade entre as decisões.

O trabalho foi desenvolvido com o projeto "Análise do impacto orçamentário no Sistema Único de Saúde (SUS) de incorporação dos medicamentos mais demandados pela via judicial nos Programas de Assistência Farmacêutica", apoiado pelo Edital FAPEMIG 14/2013 - Programa de pesquisa para o SUS - PPSUS MS/ CNPq/ FAPEMIG/ SES.

RESULTADOS

Foram analisadas 22 NT, 18 RTR e seus respectivos processos judiciais fornecidos pelo site do TJ/MG.

4.1 Notas Técnicas

Foram analisadas 22 NT e seus respectivos processos judiciais. As ações judiciais continham 26 solicitações de medicamentos relativos a 24 itens diferentes. O número de pedidos de fármacos por processo variou de um a 4, a média foi de 1,2.

Do total dos 26 medicamentos pleiteados via judicial, 19 (73,7%) não estavam disponíveis no SUS, mas, para 14 deles (73,6%), havia substituto fornecido pelo sistema público de saúde.

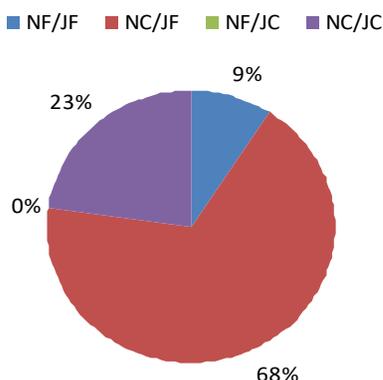
No que se refere à decisão da NT e do Juiz para dispensar ou não o medicamento solicitado, foram descartados uma NT e seu respectivo processo judicial que continham 3 medicamentos e um processo e a sua devida NT que abarcavam um medicamento. Isso foi necessário porque a decisão da avaliação técnica

ou do magistrado não ficou clara. Por isso, a análise foi realizada com 22 fármacos. Desses, a NT foi favorável para a liberação de apenas um medicamento. O Juiz deferiu a liberação de 17 (72,3%) medicamentos demandados, estando apenas um disponível no SUS.

Do total dos 22 medicamentos pleiteados via judicial, o número de concordância entre as decisões do Juiz para dispensar ou não o fármaco demandado e as recomendações fornecidas pelas NT estão contidos na tabela 1 e a proporção de concordância entre da decisão e ambos, no gráfico 1:

Tabela 1: Número de concordância entre as decisões judiciais e as NT.

Conclusão da NT	Decisão do Juiz	Conformidade	TOTAL
Favorável	Favorável	Sim	2
Contrária	Favorável	Não	15
Contrária	Contrária	Sim	5
Favorável	Contrária	Não	0
Total de medicamentos			22

Gráfico 1: Proporção de concordância entre as decisões judiciais e as NT.

4.2 Respostas Técnicas Rápidas

Foram analisadas 18 RTR e seus respectivos processos judiciais que continham 59 solicitações de medicamentos correspondentes a 51 itens diferentes. Por

ação judicial, o número de pedidos de medicamentos variou de um a 11, a média foi de 3,3 fármacos por processo.

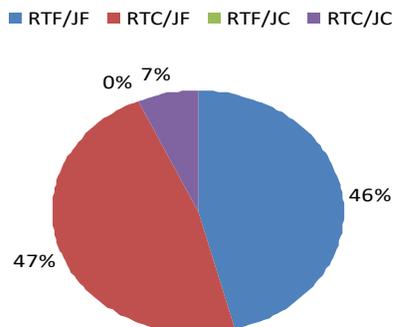
Do total dos 59 medicamentos pleiteados via judicial, 30 (50,8%) não estavam disponíveis no SUS, mas, para 28 deles, 93,3%, havia substituto fornecido pelo sistema público de saúde.

No que se refere à avaliação técnica para dispensar ou não o medicamento solicitado, dos 59 fármacos, a RTR foi favorável para a liberação de 27 (45,8%) medicamentos. Destes, 25 (92,6%) já estão disponíveis no SUS. O Juiz deferiu a liberação de 55 (93,2%) medicamentos demandados, 29 (52,7%) deles já estão disponíveis no SUS, e dos 26 que não são fornecidos pelo sistema público de saúde, 24 (92,3%) possuem substituto no SUS.

Do total dos 59 medicamentos pleiteados via judicial, o número de concordância entre as decisões do Juiz para dispensar ou não o fármaco demandado e as recomendações fornecidas pelas RTR estão contidos na tabela 2 e a proporção de concordância no gráfico 2:

Tabela 2: Número de concordância entre as decisões judiciais e as RTR.

Conclusão da RTR	Decisão do Juiz	Conformidade	TOTAL
Favorável	Favorável	Sim	27
Contrária	Favorável	Não	28
Contrária	Contrária	Sim	4
Favorável	Contrária	Não	0
Total de medicamentos			59

Gráfico2: Proporção de concordância entre as decisões judiciais e as RTR

4.3 Análise dos argumentos judiciais

O argumento mais frequente que se refere as NT e RTR presente nas decisões judiciais contrárias a liberação do medicamento pleiteado foi: embora o fármaco solicitado não seja fornecido pelo sistema público de saúde há medicamentos alternativos no Sistema Único de Saúde (SUS) para a mesma indicação e nos processos judiciais, não foi apresentado relatório médico que aponte a necessidade do uso do fármaco solicitado em detrimento ao já fornecido.

Já nas decisões favoráveis dos magistrados para o fornecimento do medicamento requerido, foi citado a solicitação da elaboração da NT e RTR pelo Juiz, porém, não há argumento referente as NT e RTR que se repete com frequência nos diferentes processos. As alegações mais utilizadas para deferir a ação foram o artigo 196 da Constituição Federal onde a saúde é tida como direito de todos e dever do Estado, a situação clínica do paciente que pode ser agravada com a falta do medicamento e o direito à vida do indivíduo.

DISCUSSÃO

Dos 85 medicamentos pleiteados via judicial, 49 (57, 6%) não estavam disponíveis no sistema público de saúde. Esta constatação reforça achados anteriores que também identificaram maior proporção de medicamentos fora de qualquer lista oficial (MACHADO et al, 2011).

Trabalhos realizados nos Estados de Santa Catarina (BOING et al, 2013), Bahia (BARRETO et al, 2013) e Mato Grosso do Sul (PINTO; OSÓRIO-DE- CASTRO, 2015), repetiram o resultado encontrado na presente pesquisa, em todos

esses Estados a maior parte dos medicamentos solicitados por via judicial não pertenciam a nenhuma lista oficial.

Porém, dos 49 medicamentos não fornecidos pelo sistema público de saúde, para 42 (85,7%) deles, havia fármaco alternativo oferecido pelo SUS para a mesma indicação. Situação semelhante foi encontrada no trabalho realizado nesse Estado nos anos de 2005 e 2006 e em pesquisa realizada na cidade de São Paulo (VIEIRA; ZUCCHI, 2007; MACHADO et al, 2011). Isso reflete uma não omissão do poder público frente às necessidades de saúde da população de Minas Gerais (MACHADO et al, 2011). Contudo, não se pode afirmar que em todas as situações clínicas o medicamento ofertado pelo SUS seria o indicado para o indivíduo, por isso é relevante a presença de relatório médico nos processos judiciais que justifique a necessidade do uso do fármaco solicitado em detrimento ao já fornecido.

Em relação aos pedidos de medicamentos que já são ofertados pelo SUS, é importante verificar se não está ocorrendo o desabastecimento das farmácias que dispensam esses fármacos em razão da falta de orçamento para a compra ou falha na gestão da Assistência Farmacêutica (VIEIRA; ZUCCHI, 2007; MACHADO et al, 2011; PINTO; OSÓRIO-DE- CASTRO, 2015). Também seria adequado averiguar se o desconhecimento por parte do médico prescritor da oferta do medicamento na rede pública seria uma das causas da solicitação via judicial (MOCELIN, 2013).

As NT e RTR contrárias a liberação do fármaco solicitado, em sua maioria, apresentaram como argumento a disponibilidade de medicamentos com a mesma indicação já disponível na rede pública de saúde. Esses, portanto, deveriam ser a primeira opção de tratamento já que para fazerem parte das listas oficiais de dispensação gratuita do SUS, são submetidos a estudos de eficácia, efetividade e segurança. As RTR e NT também alertam para a ausência de evidência da recomendação do uso de alguns fármacos solicitados para o caso clínico do indivíduo e a falta de estudos que comprovem a segurança de outros medicamentos. Isso configura uso irracional de fármacos, risco à saúde dos usuários, gasto de dinheiro público na compra de bens que não irão solucionar as necessidades de saúde do indivíduo (MOCELIN, 2013).

As decisões judiciais, em sua maioria, foram favoráveis a liberação do medicamento demandado se opondo as recomendações das NT e RTR. O artigo 196 da Constituição Federal foi um dos argumentos mais presente utilizados pelo judiciário para deferir uma causa. Nesse artigo, a saúde é tida como direito de todos e dever do Estado e, sob essa ótica, o Juiz infere que todas as necessidades de saúde devem ser abarcadas pelo Estado (PEREIRA et al, 2010).

A piora da situação clínica do paciente com a falta do medicamento e o direito à vida do indivíduo são outros argumentos muito utilizados nos processos judiciais analisados e por meio dessas alegações, os magistrados deferem os pedidos de medicamentos certos de que estão perfazendo o princípio constitucional de proteção à dignidade humana e efetivando os direitos da saúde garantidos na Constituição Federal (MOCELIN, 2013).

Dessa maneira, a saúde é limitada ao acesso a medicamentos, não se leva em conta que a promoção, proteção ou recuperação da saúde envolve outros aspectos sociais, econômicos e ambientais diversos (MACHADO et al, 2011).

Em setembro de 2016, o CNJ editou a Resolução n° 238 onde considera que a Judicialização da Saúde envolve questões complexas que exigem a adoção de medidas para proporcionar a especialização dos magistrados para proferirem decisões mais técnicas e precisas, por isso, em seu artigo 2°, determina que os tribunais criarão sítio eletrônico que permita o acesso ao banco de dados com NT e RTR, para consulta pelos Magistrados e demais operadores do Direito, que será criado e mantido por este Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2016).

Frente a essa Resolução e a Recomendação N° 31 de 2009, os resultados encontrados nesta pesquisa no qual a proporção de concordância foi de 32% entre decisão judicial e NT e 53% entre as decisões dos Juízes e as RTR demonstram baixo uso das avaliações técnicas para a tomada de decisão pelo Juiz. É necessário analisar se as informações fornecidas pelas NT e RTR estão apresentadas de forma clara para o judiciário e se o uso de NT e RTR irá reduzir a Judicilização da Saúde.

Para além da avaliação da incorporação da nota técnica nas decisões judiciais é preciso refletir sobre a possibilidades da MBE equacionar os dilemas da judicialização da saúde. Nesse sentido, parece necessário especular sobre os dilemas que permaneceriam em um cenário no qual a atuação judicial passasse a respeitar integralmente as melhores orientações da MBE. Tudo indica ao que parece permaneceríamos diante da necessidade de pensar uma atuação judicial que tencionasse por maior justiça no âmbito do conflito distributivo.

REFERÊNCIAS

BARRETO, J. L. et al. Perfil das demandas judiciais por medicamentos em municípios do Estado da Bahia. **Rev. Baiana de Saúde Pública**, Bahia, v.37, n.3, p.536-552 julho/setembro 2013.

BIEHL, J.; PETRYNA, A. Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde. **Hist. cienc. saude-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 173-192, março 2016.

BOING, A. et al. A judicialização do acesso aos medicamentos em Santa Catarina: um desafio para a gestão do sistema de saúde. **Rev. de Direito Sanitário**, Brasil, v. 14, n. 1, p. 82-97, junho 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria Nº 3.916/MS/GM, de 30 de outubro de 1998. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1998.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Assistência Farmacêutica no SUS**. Brasília, CONASS 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Ministro Gilmar Mendes. Recomendação N° 31 de 30 de março de 2010. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Ministro Ricardo Lewandowski. Resolução N° 238 de 06 de Setembro de 2016. Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2016.

BRASIL, Portal da Saúde. **Termo de cooperação vai dar apoio técnico nas ações da saúde.** Brasil, 2016. Disponível em: < http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/25231-termo-de-cooperacao--vai-da r-apoio -tecnico-nas-acoes-da-saude > .

CCATES, Centro Colaborador do SUS Avaliação de Tecnologias e Excelência em Saúde. **NOTAS TÉCNICAS**. Brasil, 2016. Disponível em: < http://www.ccates.org.br/content/cont.php?id = 18 > .

COELHO, T. L. et al . Variáveis jurídicas e de saúde no deferimento de liminares por medicamentos em Minas Gerais. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 48, n. 5, p. 808-816, outubro 2014.

DINIZ, D. et al. A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil. **Ciênc. Saúde Coletiva,** Rio de Janeiro, v.19, n.2, p. 591-598, fevereiro 2014.

FLEURY, S. A seguridade social e os dilemas da inclusão social. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro v. 39, n. 3, p. 449-69, maio/junho 2005.

MACHADO, M. A. A. et al . Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 45, n. 3, p. 590-598, junho 2011.

MOCELIN, C. E. Demandas judiciais na saúde pública: instrumentos para a efetivação do direito à saúde e/ou novos arranjos na gestão e organização do SUS. **Rev. Gestão e Desenvolvimento em Contexto - GEDECON**, Brasil, v.1, n° 01, p.100-117, 2013.

MOURA, E. S. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 114, 2013.

NETO, F.M. **A intervenção judicial no âmbito das políticas públicas orientadas à concretização dos direitos fundamentais.** 308 p., 2009. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

NORONHA, J. C.; LIMA, L. D.; MACHADO, C. V. **O Sistema Único de Saúde-SUS.** Capítulo 12, p. 365- 393, Políticas e Sistema de Saúde no Brasil, 3° ed. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2014.

PEREIRA, J.R et al. Análise das demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina nos anos de 2003 e 2004. **Ciênc. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v.15, supl. 3, p.3551-3560, 2010.

PINTO, C. D. B. S.; OSORIO-DE-CASTRO, C. G. S.. Gestão da Assistência Farmacêutica e demandas judiciais em pequenos municípios brasileiros: um estudo em Mato Grosso do Sul. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v.39, n. spe, p. 171-183, Dezembro 2015.

RAMOS, R. S. et al . O acesso às ações e serviços do Sistema Único de Saúde na perspectiva da judicialização. **Rev. Latino-Am. Enfermagem**, Ribeirão Preto, v.24,n.2797, 2016.

SANTOS, L. Direito à saúde e a RENASES- Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde. **Biblioteca Virtual em Saúde (BVS)**, Blog Direito Sanitário: Saúde e Cidadania, São Paulo, 2012.

SCHEFFER, M.; SALAZAR, A. L.; GROU, K. B. **O remédio via justiça:** um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais. Brasília: Ministério da Saúde. 2005

STF, Supremo Tribunal Federal. **Principal**. Brasília, 2009. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude> .

TJ/MG, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Médico e farmacêutico irão auxiliar magistrados.** Brasil, 2014. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal/imprensa/noticias/medico-e-farmaceutico-irao-auxiliar-magistrados-1.htm#.V97nZ_kr LIV> . Brasil, 2014.

VIEIRA, F.S.; ZUCCHI P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Rev Saude Publica**, v. 41, n.2, p. 214-222, 2007.

YAMIN A.E.; FRISANCHO A. Human-rights-based approaches to health in Latin America. **Lancet,** v.385, p.26-29, 2015.

A DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS COMO ELEMENTO ESSENCIAL DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA

Thiago Coelho Saraiva[50], Fabiana Campos Franco[51] e Sátina Priscila Marcondes Pimenta Mello[52]

INTRODUÇÃO

O cerne do trabalho é demonstrar o significativo avanço da assistência farmacêutica, obtido pela lei (BRASIL 2014), no combate ao risco de doenças e óbitos pela intoxicação por medicamentos, com reflexo na garantia da saúde.

O setor farmacêutico brasileiro tem passado por importantes transformações nos últimos quarenta anos, destacando-se entre elas a criação da Central de Medicamentos (CEME), a regulamentação do Sistema Único de Saúde (SUS), a aprovação da Política Nacional de Medicamentos (PNM), a criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), a Lei dos Genéricos, a realização da Conferência Nacional de Medicamentos e Assistência Farmacêutica, a criação do Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos (DAF) a aprovação da Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF), até chegar ao marco legal da assistência farmacêutica, estabelecido pela lei (BRASIL 2014).

Indiscutivelmente, a lei (BRASIL 2014) tornou-se um marco legal da assistência farmacêutica, especialmente porque o legislador impôs a dispensação de medicamentos como elemento essencial da atividade farmacêutica, estabelecendo o profissional farmacêutico como elo indissociável entre o medicamento e o usuário.

Ademais, o referido diploma legal encerra com os litígios a respeito da obrigatoriedade da assistência farmacêutica pelo critério da exploração da atividade comercial, estabelecido pela lei (BRASIL 1973) e porte do estabelecimento/empresa, (súmula 140 do Tribunal Federal de Recursos).

---

50. Emescam/ABRAGES, Especialista, thcsaraiva@gmail.com

51. Estácio de Sá/ Emescam, Doutora, fabianacfranco@gmail.com

52. Mestranda, satinapm@gmail.com

Portanto, a novel sistemática da assistência farmacêutica é tema de vanguarda na saúde pública e merece especial atenção de todos que atuam na área, o que justifica o presente artigo pelo qual o autor ousa demonstrar a relevância do marco legal da assistência farmacêutica.

2 METODOLOGIA

Por meio de levantamento bibliográfico e jurisprudencial sobre as políticas públicas no setor de medicamentos brasileiro, o artigo examina as principais modificações propostas pela lei (BRASIL, 2014) nas ações aplicadas na área, ressaltando seus resultados. O estudo realizado se fundamentou na análise de artigos por meio das bases de dados Scielo e Lilacs e de outras fontes. Desde a extinta Central de Medicamentos (CEME) até a aprovação da Política Nacional de Medicamentos (PNM), todas as ações e projetos foram voltados principalmente para a reorientação da Assistência Farmacêutica na atenção básica, garantindo, por conseguinte, o acesso e o uso racional dos medicamentos essenciais.

3 RESULTADO E DISCUSSÃO DA PESQUISA

Após tramitar por exaustivos 21 (vinte um) anos, o projeto de lei (BRASIL, 1993), de autoria da Senadora Marluce Pinto foi aprovado e convertido na lei (BRASIL 2014), com significativos avanços na SAÚDE PÚBLICA, especialmente na atenção primária.

Dados extraídos do Sistema Nacional de Informações Tóxico Farmacológicas - SINITOX, da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), no site www.fiocruz.br/sinitox, apontam o medicamento como a principal causa de intoxicação humana por agente tóxico.

Tabela 10. Evolução dos Casos Registrados de Intoxicação Humana por Agente Tóxico. Brasil, 2013.

Evolução / Agente	Cura	Cura não Confirmada	Seqüela	Óbito	Óbito outra Circunstância	Outra	Ignorada	Total	
	nº	nº	nº	nº	nº	nº	nº	nº	%
Medicamentos	7306	516	22	46	5	3461	629	**11985**	**28,45**
Agrotóxicos/Uso Agrícola	1397	116	10	75	2	152	155	**1907**	**4,53**
Agrotóxicos/Uso Doméstico	634	83	1	2	-	195	52	**967**	**2,30**
Produtos Veterinários	182	27	-	3	-	44	51	**307**	**0,73**
Raticidas	681	58	1	8	1	279	98	**1126**	**2,67**
Domissanitários	2186	242	13	1	-	994	165	**3601**	**8,55**
Cosméticos	351	38	-	-	-	230	17	**636**	**1,51**
Produtos Químicos Industriais	1418	183	18	10	1	635	155	**2420**	**5,74**
Metais	83	6	1	5	-	60	2	**157**	**0,37**
Drogas de Abuso	2997	38	2	27	3	1220	47	**4334**	**10,29**
Plantas	316	45	-	1	-	59	20	**441**	**1,05**
Alimentos	505	4	-	-	-	26	3	**538**	**1,28**
Animais Peç./Serpentes	766	85	10	8	1	18	95	**983**	**2,33**
Animais Peç./Aranhas	619	47	2	2	-	25	79	**774**	**1,84**
Animais Peç./Escorpiões	5697	89	-	6	1	32	78	**5903**	**14,01**
Outros Animais Peç./Venenosos	1052	32	-	4	-	7	53	**1148**	**2,73**
Animais não Peçonhentos	2886	22	-	-	-	81	74	**3063**	**7,27**
Desconhecido	818	16	2	5	11	285	92	**1229**	**2,92**
Outro	434	17	2	6	-	101	49	**609**	**1,45**
Total	**30328**	**1664**	**84**	**209**	**25**	**7904**	**1914**	**42128**	**100**
%	**71,99**	**3,95**	**0,20**	**0,50**	**0,06**	**18,76**	**4,54**	**100**	

Fonte: MS / FIOCRUZ / SINITOX

Sinais convencionais utilizados:

... Dado numérico não disponível

- Dado numérico igual a zero não resultante de arrendondamento

O SINTOX aponta que a automedicação e o mau uso de remédios intoxica três pessoas por hora no Brasil. A cada ano, 27 mil brasileiros passam mal ao ingerir remédios de forma errada e, na média, 73 acabam morrendo. O país registrou 138.376 intoxicações e 365 mortes causadas por medicamentos entre 2008 e 2012, seja por acidente, tentativa de suicídio, uso terapêutico ou erro de administração.

Os alarmantes números da Fiocruz demonstram que o Estado não cumpre o seu dever de garantir, através de políticas públicas eficientes, a redução do risco de doenças conforme estabelece o artigo 196, da Constituição Federal.

Não se pode olvidar que os insumos farmacêuticos são o terceiro fator que contribui para o alto custo do sistema de atenção à saúde, o que está diretamente correlacionado com a sustentabilidade do setor (SOLER, 2004).

Com efeito, com o advento da Lei (BRASIL 2014) espera-se a redução do número de casos de intoxicação por medicamentos na medida em que se impõe a assistência farmacêutica como elo indissociável entre o medicamento e o seu usuário.

Por muito tempo, o controle e a dispensação de medicamentos permaneceram ignorados pelo ordenamento positivado, impondo-se a assistência de pro-

fissional habilitado somente às farmácias e drogarias, conforme inteligência do artigo 15, (BRASIL 1973), renegando a definição da assistência farmacêutica.

O legislador à época estabeleceu como critério para a exigência da assistência farmacêutica a atividade do estabelecimento, permitindo que em determinados locais medicamentos fossem fornecidos sem controle e por profissionais descapacitados "Art. 19. Não dependerão de assistência técnica e responsabilidade profissional o posto de medicamentos, a unidade volante e o supermercado, o armazém e o empório, a loja de conveniência e a drugstore " (BRASIL, 1995).

Ora, a dispensação de medicamentos é ato privativo do farmacêutico (BRASIL, 1980) porque não consiste somente na entrega do medicamento ao usuário, o exercício da dispensação proporciona aos pacientes, medicamentos, produtos para saúde, cosméticos e alimentos de forma adequada às suas necessidades clínicas, acompanhados das devidas orientações (BRASIL, 2014; BRASIL 1973; BRASIL, 1998; CGCOF et al, 2010).Trata-se de uma atividade farmacêutica de grande relevância, pois, além de garantir o acesso ao medicamento/produto, garante que o paciente tenha acesso a informações sobre utilização e conservação adequadas, interações, reações adversas potenciais, entre outras.

Inobstante a omissão legislativa sobre a assistência farmacêutica universal e integral, o Executivo, sistematicamente, produziu normas prevendo a importância do profissional habilitado na dispensação de medicamentos:

> Art. 67 As substâncias constantes das listas deste Regulamento Técnico e de suas atualizações, bem como os medicamentos que as contenham, existentes nos estabelecimentos, deverão ser obrigatoriamente guardados sob chave ou outro dispositivo que ofereça segurança, em local exclusivo para este fim, sob a responsabilidade do farmacêutico ou químico responsável, quando se tratar de indústria farmoquímica (BRASIL, 1998).

> Art. 5º O fracionamento é responsabilidade do farmacêutico (BRASIL, 2006).

> Art. 9º A dispensação em farmácias e drogarias públicas e privadas dar-se-á mediante a retenção da 2ª (segunda) via da receita, devendo a 1ª (primeira) via ser devolvida ao paciente (Brasil, 2011).

> § 1º O farmacêutico não poderá aceitar receitas posteriores ao prazo de validade estabelecido nos termos desta Resolução.
>
> § 2º As receitas somente poderão ser dispensadas pelo farmacêutico quando apresentadas de forma legível e sem rasuras.
>
> § 3º No ato da dispensação devem ser registrados nas duas vias da receita os seguintes dados:
>
> I - a data da dispensação;
>
> II - a quantidade aviada do antimicrobiano;
>
> III - o número do lote do medicamento dispensado; e
>
> IV - a rubrica do farmacêutico, atestando o atendimento, no verso da receita."

Ocorre que, ante a falta de força de lei das normas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, o Judiciário reiteradamente afastava a exigência de farmacêuticos em estabelecimentos que não fossem farmácias e drogarias.

> Súmula nº 140/TFR: "as unidades hospitalares, com até 200 (duzentos) leitos, que possuam dispensário de medicamento, não estão sujeitas à exigência de manter farmacêutico.

> RESPONSÁVEL TÉCNICO – UNIDADE HOSPITALAR – PEQUENO PORTE – DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS – FARMACÊUTICO – CONTRATAÇÃO – OBRIGATORIEDADE – INOCORRÊNCIA – "Administrativo. Conselho Regional de Farmácia. Dispensários de medicamentos. Unidade hospitalar de pequeno porte. Exigência de profissional farmacêutico habilitado. Ausência de obrigatoriedade. Súmula 170 ex-TFR. – A obrigatoriedade da presença de profissional farmacêutico habilitado é limitada aos estabelecimentos de farmácia e drogaria, não compreendidas nesta exigibilidade as unidades hospitalares com dispensário farmacológico de pequeno porte, voltado ao próprio atendimento e que possuam número inferior a 200 (duzentos) leitos. É exatamente a que alude a Súmula 140 do extinto TFR: 'As unidades hospitalares, com até 200 (duzentos) leitos, que possuam dispensário de medicamentos, não estão sujeitas à exigência de manter farmacêutico'. Precedente desta Corte Regional (REOAC 266982/PB, 2ª T., Rel. Des. Fed. Paulo Roberto de Oliveira Lima, decisão unânime, pub. DJ 27.02.2003, p. 455).

Apelação a que se nega provimento." (TRF 5ª R. – AC 310409/SE (2002.05.00.030563-6) – 1ª T. – Rel. Des. Fed. José Maria Lucena – DJU 2 21.12.2006).

ADMINISTRATIVO – APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA – MULTAS – AUSÊNCIA DE FARMACÊUTICO RESPONSÁVEL EM PEQUENA UNIDADE HOSPITALAR – ART. 15 LEI Nº 5991/73 – SÚMULA 140 DO TFR – RECURSO REPETITIVO DO STJ – I- A teor do art. 15 da Lei nº 5.991/73, a obrigatoriedade de assistência de farmacêuticos, devidamente inscritos no Conselho Regional de Farmácia, se dirige às drogarias e farmácias e não se estende aos dispensários de medicamentos dos hospitais ou postos municipais. II- O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1110906/SP, em sede de recurso repetitivo, assentou o entendimento de que a Súmula 140 TFR continua aplicável com atualização de seu conteúdo, no que tange ao conceito de pequena unidade hospitalar, como sendo aquela com capacidade de até cinquenta leitos. Precedentes deste Tribunal. III- Remessa necessária e apelação cível desprovidas. (TRF 2ª R. – AC 2012.51.01.044374-5 – (609415) – Trf-2 – 8ª T.Esp. – Rel. Des. Fed. Marcelo Pereira da Silva – E-DJF2R 11.11.2014).

As reiteradas decisões à luz da Súmula 140 do extinto Tribunal Federal de Recursos levou a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, julgar o resp 1.110.906-SP, sob a sistemática dos recursos repetitivos o tema e, na assentada de 23.05.2012, entendeu que hodiernamente cabe a aplicação da Súmula nº 140, devendo, contudo, ter o conteúdo atualizado de acordo com a regulamentação atual, segundo a qual 'pequena unidade hospitalar ou equivalente' é aquela que possui até 50 (cinquenta) leitos.

Nesse sentido, não obstante o critério da atividade do estabelecimento definido pelo Legislativo, o ativismo do Judiciário acrescentou o porte do estabelecimento como novo critério para exigência da assistência de profissional habilitado.

Na esteira da qualificação do porte do estabelecimento para a caracterização da obrigatoriedade da assistência farmacêutica, julgou o Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

Nº CNJ : 0005666-07.2009.4.02.5001

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL POUL ERIK DYRLUND

APELANTE : CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO - CRF/ES

ADVOGADO : THIAGO COELHO SARAIVA

APELADO : ESTADO DO ESPIRITO SANTO

PROCURADOR : JORGE GABRIEL RODNITZKI

ORIGEM : 2ª VARA FEDERAL DE EXECUÇÃO FISCAL DE VITÓRIA/ES (200950010056669)

E M E N T A

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE FARMACÊUTICO RESPONSÁVEL. DEFINIÇÕES LEGAIS DE "FARMÁCIA" E "DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS". CARACTERIZAÇÃO COMO HOSPITAL DE PEQUENO PORTE. PROVA. AUSÊNCIA. PREVALÊNCIA DA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DA ATUAÇÃO FISCALIZATÓRIA.

1) Por imposicão do art. 15 da Lei 5.991/73, as farmácias e drogarias são obrigadas a manter um farmacêutico responsável em suas dependências, sendo certo que a mesma lei estabelece vários conceitos, dentre eles, os de "farmácia" e "dispensário de medicamentos".

2) Desse modo, o primeiro conceito compreende os estabelecimentos de "dispensação e o de atendimento privativo de unidade hospitalar" (art. 4º, X), enquanto que o segundo compreenderia "setor de fornecimento de medicamentos industrializados, privativo de pequena unidade hospitalar" (art. 4º, XIV).

3) Comparando os dois conceitos transcritos, percebe-se que a única diferença entre "dispensário" (não necessita da contratação de técnico responsável) e "farmácia" (necessita da contratação do técnico) é o porte da instituição que mantém o acervo de medicamentos, já que o adjetivo "pequena" é o único diferencial entre os dois textos. Frise-se que, atualmente, o Ministério da Saúde considera de pequeno porte o hospital cuja capacidade é de até 50 leitos (REsp 1110906/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção do STJ, julgado em 23/05/2012, Dje 07/08/2012).

4) Inexiste nos autos, entretanto, qualquer comprovação acerca do porte da instituição gerida pelo Estado do Espírito Santo.

> À míngua de qualquer elemento a partir do qual possa o Juízo aquilatar a caracterização jurídica da embargante, remanesce íntegra a presunção de veracidade de que se reveste atividade fiscalizatória que culminou no crédito fiscal exequendo, o que deságua na reforma do decisum, para que seja dado o devido prosseguimento ao curso da ação executiva.
>
> 5) Dou provimento ao recurso.
>
> ACÓRDÃO
>
> Vistos e relatados os presentes autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Membros da Oitava Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, tudo na forma do voto do Relator, que fica fazendo parte integrante do presente julgado.
>
> Rio de Janeiro, 13 de março de 2013 (data do julgamento)
>
> POUL ERIK DYRLUND
>
> Relator

Com o devido respeito, definir o porte da instituição que mantém o acervo de medicamentos como critério para a exigência de profissional habilitado na dispensação dos medicamentos era, indiscutivelmente, uma aberração. No II Congresso Brasileiro de Direito Médico e Jurídico, realizado em Vitória, ES, entre os dias 26 a 28 de maio, o palestrante, Dr. Deomar Bittencourt Pereira Júnior, Presidente do INSTITUTO BRASILEIRO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL EM MEDICAMENTOS, FARMÁCIA, LABORATÓRIOS E DESCARTES – INBRAMED, discorrendo sobre a importância do controle, dispensação e uso racional dos medicamentos na prevenção da automedicação, questionou: Qual é a diferença do hospital que possui 50 leitos para o de 51 leitos?

De fato, não faz o menor sentido estabelecer o porte do estabelecimento como critério para se exigir a assistência técnica de profissional habilitado. Ademais, a natureza do local demonstrou irrelevante e incapaz para o combate à intoxicação por medicamentos.

Com efeito, a lei (BRASIL, 2014) corrige as deficiências da Lei (BRASIL, 1973) e, conforme ao norte adiantado, fixa a assistência farmacêutica como o elo entre o medicamento e o usuário.

Os pilares que sustentam a afirmativa são os seguintes:

> Art. 2º - Entende-se por assistência farmacêutica o conjunto de ações e de serviços que visem a assegurar a assistência terapêutica integral e a promoção, a proteção e a recuperação da saúde nos estabelecimentos públicos e privados que desempenhem atividades farmacêuticas, tendo o medicamento como insumo essencial e visando ao seu acesso e ao seu uso racional. (BRASIL, 2014).
>
> Art. 4º - É responsabilidade do poder público assegurar a assistência farmacêutica, segundo os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde, de universalidade, equidade e integralidade. (BRASIL 2014).

A lei tornou o medicamento como insumo essencial da assistência farmacêutica, ou seja, independente do local de dispensação do medicamento a regra o vincula com a assistência farmacêutica.

Não bastasse isso, a Lei impõe a aplicação dos princípios da universalidade, equidade e integralidade com objetivo de assegurar a assistência farmacêutica.

Ora, diante da universalidade, equidade e integralidade é inconcebível exigir a assistência farmacêutica em determinada atividade e abnegá-la em outra, conforme previa a lei (BRASIL 1973).

Nesse sentido, o panorama legal não comporta as exceções da assistência farmacêutica e o poder responsável pela aplicação do direito já se ateve a essa importante diferença, conforme se extrai na decisão do Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos autos do agravo de instrumento n.º 0006921-91.2016.4.03.0000/SP:

> Vinha me posicionando no sentido de que, de acordo com o art. 15 da Lei n.º 5.991/73, somente as farmácias e drogarias sujeitavam-se à exigência legal da presença de técnico responsável inscrito no Conselho Regional de Farmácia, afastando a aplicação da Portaria n.º 1.017/02, bem como de qualquer outra portaria, decreto, regulamento que obrigasse a presença do profissional farmacêutico nos dispensários de medicamentos, por se tratar de norma infralegal.
>
> Ocorre que, atualmente, a Lei n.º 13.021/2014, especialmente em seus artigos 3º, 5º e 6º, inciso I, prevê expressamente a

> necessidade da presença de farmacêutico para dispensário de medicamentos, verbis:
>
> (...)
>
> Como é bem de ver, os dispensários de medicamentos da rede pública, e também aqueles dos hospitais, passam a ser legalmente considerados como farmácias.
>
> (...)
>
> Assim, não mais subsiste a polêmica quanto à necessidade ou não da presença de farmacêutico em estabelecimento de dispensação de medicamentos, após a entrada em vigor da Lei supra mencionada.

Diante do trato do medicamento como insumo essencial da assistência farmacêutica e à luz dos princípios da universalidade, equidade e integralidade, o legislador infraconstitucional modificou completamente o conceito da farmácia, que deixou de ser estabelecimento para se tornar unidade de prestação de serviços.

> Art. 4º da Lei n.º 5.991/73
>
> X - Farmácia - estabelecimento de manipulação de fórmulas magistrais e oficinais, de comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, compreendendo o de dispensação e o de atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica;
>
> Lei n.º 13.021/2014
>
> Art. 3º Farmácia é uma unidade de prestação de serviços destinada a prestar assistência farmacêutica, assistência à saúde e orientação sanitária individual e coletiva, na qual se processe a manipulação e/ou dispensação de medicamentos magistrais, oficinais, farmacopeicos ou industrializados, cosméticos, insumos farmacêuticos, produtos farmacêuticos e correlatos.

Conforme alhures registrado, a natureza do estabelecimento (Art. 15 e 19 da Lei n.º 5.991/73) ou o seu porte (Súmula 140 TFR) para a configuração da exigência da assistência farmacêutica inclinam-se à dispensação do medicamento, elemento essencial para configurar obrigatoriedade do profissional habilitado.

O Desembargador Federal Johonsom Di Salvo, nos autos do Agravo de Instrumento nº 0001197-09.2016.4.03.0000, aplica o novo conceito da farmácia decidindo o seguinte:

(...) Segundo a nova Lei nº 13.021/2014, os estabelecimentos de dispensação de medicamentos são considerados: (a) farmácia sem manipulação (drogaria): estabelecimento de dispensação e comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos em suas embalagens originais; (b) farmácia com manipulação: estabelecimento de manipulação de fórmulas magistrais e oficinais, de comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, compreendendo o de dispensação e o de atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica.

Como se vê, os dispensários de medicamentos da rede pública, e também aqueles dos hospitais, passam a ser legalmente considerados como farmácias.

No seu art. 5º, a lei foi categórica (grifei): no âmbito da assistência farmacêutica, as farmácias de qualquer natureza requerem, obrigatoriamente, para seu funcionamento, a responsabilidade e a assistência técnica de farmacêutico habilitado na forma da lei.

Destarte, a partir da nova lei, farmácias e drogarias deixam de ser meros estabelecimentos comerciais para se transformar em unidades de prestação de assistência farmacêutica e à saúde, além de orientação sanitária individual e coletiva; o mesmo ocorre com locais públicos e privados de dispensação de medicamentos (manipulados e/ou já industrializados). E a impõe a obrigatoriedade da presença permanente (art. 6º, I) do farmacêutico naquilo que ela mesma trata como farmácias de qualquer natureza.

Agora, ou seja, após a edição da nova lei das farmácias, todos os estabelecimentos dessa natureza, inclusive os dispensários públicos e os hospitais públicos e privados, têm o dever legal da manutenção de farmacêutico em seus quadros, em tempo integral (...)" São Paulo, 04 de fevereiro de 2016.

Dessa forma, observa-se que o Judiciário atentou-se a modificação legislativa e passará a confirmar a dispensação de medicamentos como elemento essencial da assistência farmacêutica.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, diante do avanço legislativo para assegurar a assistência farmacêutica de forma universal, integral e equânime, observa-se a mudança de com-

portamento do Judiciário, com reiterados julgamentos afastando a incidência da malfadada súmula 140 do TFR e exigindo a assistência farmacêutica nas atividades que demandem dispensação de medicamentos.

Com efeito, a aplicação do marco legal da assistência farmacêutica trará benefícios incalculáveis à saúde pública, afinal o usuário do medicamento será atendido por profissional habilitado no ato da dispensação e, por corolário espera-se a redução do número de casos de intoxicação por medicamentos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 13.021, de 2014 - Dispõe sobre o exercício e a fiscalização das atividades farmacêuticas;

BRASIL. Projeto de lei n.º 41 de 1993 - Da nova redação ao art. 15 da Lei nº 5991, de 17 de dezembro de 1973, que ‘dispõe sobre o controle sanitario do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacéuticos e correlatos, e dá outras providências

BRASIL. Lei 5.991, de 1973 - Dispõe sobre o Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos, e dá outras Providências;

BRASIL. Decreto 85.878 de 1981 - Estabelece normas para execução da Lei nº 3.820, de 11 de novembro de 1960, sobre o exercício da profissão de farmacêutico, e dá outras providências;

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n.º 344 de 1998 - Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial;

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução da Diretoria Colegiada - RDC n° 80, de 2006 – Dispõe sobre o fracionamento de medicamentos;

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução da Diretoria Colegiada - RDC n° 20, de 2011 - Dispõe sobre o controle de medicamentos à base de substâncias classificadas como antimicrobianos, de uso sob prescrição, isoladas ou em associação.

BRASIL. Ministério da Saúde. Assistência farmacêutica na atenção básica: instruções e técnicas para sua organização. Brasília: Ministério da Saúde; 2001b.

BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz. Sistema Nacional de Informações Tóxico Farmacológicas – SINITOX

SOLER, O. Assistência farmacêutica básica no Amapá: descentralização e acesso. 2004. 186 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido, Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, Universidade Federal do Pará, Belém, 2004.

UMA ANÁLISE DAS SENTENÇAS DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DE DEMANDAS POR SERVIÇOS DE SAÚDE NO MUNICÍPIO DE PIRAPETINGA

Victor Luz Silveira Santagada[53]

1. INTRODUÇÃO

O direito à saúde é previsto na Declaração Universal dos Direito Humanos, da qual a Constituição Federal de 1988 seguiu os passos, consagrando-o como um direito de todos, que deve ser prestado pelo Estado.

O Brasil, a partir da criação do SUS – Sistema Único de Saúde, oriundo da 8ª Conferência Nacional de Saúde, ocorrida em 1986, passou a adotar um sistema público de acesso universal, onde qualquer cidadão pode utilizar os serviços de saúde de forma gratuita, sem distinção.

O caráter de direito fundamental, concedido ao direito à saúde, acabou permitindo que as pessoas que não conseguissem uma prestação de serviços de saúde através do contato direto entre paciente e Estado, batessem às portas do Poder Judiciário buscando uma ordem judicial que forçasse o Estado a prestar tais serviços.

Tem-se notado, através da mídia em geral, e até mesmo da insatisfação da população, que o previsto em lei está longe da realidade.

Como consequência, o número de demandas judiciais visando a prestação de serviços de saúde por parte do Estado vem crescendo em todos os Tribunais do país.

O Fenômeno da Judicialização da saúde, atualmente se encontra em evidência no palco das grandes discussões do poder judiciário, sendo de interesse direto da população e também dos gestores públicos.

Diante da massificação das demandas judiciais visando prestações na área da saúde, importante se faz analisar como o Poder Judiciário vem decidindo tais causas e como suas decisões são construídas, uma vez que elas podem mudar a

---

53. Mestrando em direito pelo Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Universidade Católica de Petrópolis. Email: victor_santagada@hotmail.com

vida de um paciente, como também podem interferir profundamente na Gestão de determinado ente federativo.

E é justamente esse o objetivo do presente trabalho.

A presente pesquisa foi realizada na Vara Única da pequena Comarca de Pirapetinga, Município situado na zona da mata mineira. Esforço que caracteriza apenas um passo na busca de se entender como o Poder Judiciário vem confeccionando suas decisões nas causas envolvendo o direito à saúde, e que, de certa forma, reflete a realidade enfrentada por vários outros pequenos municípios.

O objetivo do presente trabalho, portanto, é analisar as decisões proferidas em primeira instância na comarca de Pirapetinga, buscando demonstrar a forma como tais decisões vêm sendo construídas, quais são os argumentos utilizados, e como tais decisões acompanham ou não os recentes entendimentos do Supremo Tribunal Federal.

2. A SAÚDE NO BRASIL

A saúde é direito fundamental do homem, que não significa apenas a ausência de doenças ou enfermidades, é necessário, principalmente, que o ser humano tenha um estado de *completo bem-estar físico, mental e social*, sendo esta a definição dada pela Organização Mundial da Saúde.

Na concepção de Schwartz, a saúde pode ser conceituada como:

> Um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar. (SCHWARTZ, 2001, p. 43)

Ao longo da história do país, é possível identificar três concepções de saúde: "enquanto *favor*; enquanto um serviço decorrente de um *direito trabalhista* ou como um *serviço privado;* enquanto *direito*." (ASENSI, 2010, p. 15)

A saúde enquanto direito tem previsão na Declaração Universal dos Direito Humanos, da qual a Constituição Federal de 1988 seguiu os passos, dando tratamento especial a esse direito, elencando-o no rol dos direitos sociais apresentados em seu artigo 6º, e definido pelos artigos 186 e 187, dando origem ao Sistema Único de Saúde.

Com a promulgação da Carta Magna de 1988, o Brasil passou a adotar um sistema público de acesso universal, onde qualquer cidadão pode utilizar os serviços de saúde de forma gratuita, sem distinção.

Nota-se também que a CF/88 reconheceu o dever do Estado em promover, mediante políticas sociais e econômicas, a efetividade do direito à saúde, devendo ele zelar pelas ações e serviços de saúde.

Tamanha foi a intenção do legislador em assegurar o direito à saúde em sua plenitude, bem como outros direitos afins a ele, que, de forma direta ou indireta, este direito encontra-se previsto em diversos artigos da CF/88.

Regulamentado pela Lei nº. 8.080/90, o SUS tem o objetivo de garantir que toda a população obtenha acesso ao atendimento público de saúde, o que anteriormente só era garantido aos trabalhadores que contribuíam com a previdência social.

Como resposta possível do processo de reforma sanitária e dos embates à época de sua construção, o SUS representa uma reforma política, ética, cultural e institucional, e os efeitos de sua criação se estendem para além do setor sanitário (PASCHE, 2013, p. 81).

O Portal da Saúde[54], do Ministério da Saúde, apresenta o SUS como um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, que abrange desde o simples atendimento ambulatorial até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país.

Além do texto constitucional e da lei que regulamentou o Sistema Único de Saúde, o país conta ainda com uma vasta gama de dispositivos legais que visam garantir, nas formas citadas acima, a efetividade do direito à saúde, de onde podemos destacar:

Acontece que, apesar das definições trazidas pela Constituição Federal de 1988, pela Lei Orgânica da Saúde (Lei nº. 8.080/90), e por vários outros dispositivos legais, caracterizarem um grande avanço nas definições sobre o direito à saúde no Brasil, permitindo que todo e qualquer brasileiro passasse a ser detentor desse direito, tais definições parecem não se mostrar suficientes na prática.

Como bem nos diz os sociólogos Paulo Henrique Rodrigues e Isabel Soares Santos *"a garantia do direito à saúde depende de uma série de medidas concretas para se tornar realidade".* (RODRIGUES e SANTOS, 2011)

Como muito retratado diariamente pela mídia em geral, *"existe um verdadeiro abismo entre a promessa contida na declaração de direitos e garantias fundamentais e as condições como os brasileiros vivem, concretamente."* (FILPO, 2005, p. 09)

54. http://portalsaude.saude.gov.br/

Apesar de se tratar de tema a ser abordado em outro trabalho, essa realidade se mostra importante pelo fato de ser justamente um dos principais motivos pelo qual o número de demandas judiciais visando a prestação de serviços de saúde por parte do Estado vem crescendo em todos os Tribunais do país.

Assim, o fenômeno da Judicialização[55] da Saúde encontra-se hoje em evidência no palco das grandes discussões do poder judiciário, e é de interesse direto da população e também dos gestores públicos.

3. O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 houve um crescimento muito grande de demandas judiciais pleiteando o fornecimento de serviços de saúde.

A maioria das decisões judiciais nessas demandas concedia as prestações pleiteadas, sendo que na maioria dos casos a decisão final interpretava a norma constitucional em sua plenitude. O direito à saúde, portanto, deveria ser garantido de forma plena.

Diante do cenário de debates e discussões a respeito do tema, a fim de se tentar achar um caminho a ser seguido, o então Presidente do Tribunal Superior, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, viu a necessidade de convocar uma Audiência Pública para ouvir a opinião de pessoas com experiência na área, visando esclarecer várias questões relacionadas com o direito à saúde.

Ocorreu, portanto, nos dias 27 a 29 de abril e 04, 06 e 07 de maio de 2009, a Audiência Pública nº 04[56], onde foram abordadas as principais temáticas envolvendo as ações de prestação de serviços de saúde.

O debate abriu espaço para propostas em busca de outros caminhos ou espaços intermediários como forma de alcançar a resolução dos conflitos em saúde.

Atualmente, as decisões judiciais continuam sendo favoráveis ao fornecimento de serviços de saúde, em sua maioria, prevendo a responsabilidade dos entes federativos, inclusive solidária, quanto à efetivação desses direitos.

Porém, os argumentos que embasam as atuais decisões devem se ater às singularidades de cada caso concreto, principalmente quanto à existência, ou não, de um possível dano à ordem e economia pública, o que possibilitaria uma negativa do pedido.[57]

---

55. Para uma análise sobre a judicialização, ver Felipe Dutra Asensi (2013).

56. Os discursos proferidos na Audiência Pública da Saúde estão disponíveis em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma

57. Sobre o posicionamento sobre as demandas visando a prestação de serviços de saúde, destacam-

Essas decisões devem ser muito mais precisas e atentas às particularidades de cada caso, não se limitando à mera alegação da existência do direito, devendo ser seguida a máxima de que *cada caso é um caso*.

4. PIRAPETINGA-MG

A pesquisa apresentada pelo presente trabalho foi realizada no Município de Pirapetinga, pequeno município localizado na zona da mata mineira, na Micro-Região do Médio Rio Pomba.

O Município possui população de 10.414 (dez mil, quatrocentos e quatorze) habitantes, segundo dados da AMERP – Associação dos Municípios da Microrregião do Médio Rio Pomba. (FERREIRA, 1959)

Elevada à condição de Município em 1938, por força do Decreto-Lei nº. 148, a cidade se formou às margens do rio Pirapetinga, de onde ganhou o nome, (pira-"peixe", pe-"rio" e tinga-"branco"), *Rio do Peixe Branco*.

Pirapetinga faz parte da Gerencia Regional de Saúde de Leopoldina, juntamente com mais 14 (quatorze) municípios, entre eles Alem Paraíba e Cataguases.

A cidade conta com 05 (cinco) Unidades Básicas de Apoio, 04 (quatro) Unidades de Apoio, 01 (uma) farmácia de Minas e um Hospital Municipal, o qual é administrado pela Fundação Municipal de Saúde, entidade ligada à Administração Pública Municipal, além de clínicas e laboratórios particulares.

Assim como em muitos outros municípios, garantir acesso aos serviços de saúde à população não tem sido tarefa fácil para a Administração Pública Municipal.

Analisando dados fornecidos pela atual Administração, apenas para fins de constatação, verifica-se que foram aplicados na saúde, no ano de 2013 o valor de R$ 5.709.502,73 (cinco milhões, setecentos e nove mil, quinhentos e dois reais e setenta e três centavos), correspondente a incríveis 33,21%, e no ao de 2014 foi aplicado o valor de R$ 4.988.355,50 (quatro milhões, novecentos e oitenta e oito mil, trezentos e cinqüenta e cinco reais e cinqüenta centavos), o que corresponde a 27,57% do orçamento.

Tais valores se mostram muito superiores aos 15% (quinze por cento) estipulados pela Lei Complementar nº. 141, de 13 de janeiro de 2012, o que contrasta com o fato de que os Estados e a União, por vezes, sequer cumprem os limites fixados pela referida lei complementar.

A Comarca de Pirapetinga, local de aplicação da pesquisa, engloba os municípios de Pirapetinga e Estrela Dalva, sendo uma vara única, responsável por julgar casos das mais variadas áreas.

-se as Suspensões de Tutela Antecipada de nº. 175, 211 e 278, e as Suspensões de Segurança de nº. 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355.

Conforme dados estabelecidos pela Secretaria do Fórum, a Comarca recebeu, apenas no ano de 2015, a distribuição de 1.497 novas ações, sendo que grande parte delas são relacionadas com a área do direito à saúde.

O Município não conta com defensoria pública. A defesa dos interesses de pessoas hipossuficientes é feita por advogados dativos ou pelo Ministério Público.

A situação se agrava pelo fato de o juiz de direito titular da comarca, nos últimos anos, acumular a função em outras comarcas, o que, como veremos a seguir, pode ter influência na forma como são construídas as sentenças objeto do presente trabalho.

5. AS DECISÕES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE PIRAPETINGA

Como já dito, o objeto do presente trabalho é analisar decisões proferidas pelo juiz de direito da Vara Única da Comarca de Pirapetinga, buscando demonstrar a forma como tais decisões vêm sendo construídas, suas peculiaridades, qual é a argumentação utilizada, além de tentar verificar se e como tais decisões acompanham os entendimentos do Supremo Tribunal Federal.

Foram verificadas, além das sentenças proferidas, as peculiaridades das demandas e do Poder Judiciário da Comarca, bem como a forma de atuação do douto Juiz de Direito, e não apenas uma reprodução dogmática ou crítica ideológica.

Neste sentido, Cristina Gomes Campos de Seta, ao citar Roberto Kant de Lima e Barbara Gomes Lupetti Batista, foi brilhante em sua afirmativa:

> Esta forma de pensar a pesquisa jurídica no Brasil, partindo de respostas prontas, dogmáticas, de verdades sagradas e universais não se presta a ensejar uma compreensão sobre as instituições jurídicas brasileiras e também não permite que estas instituições se conheçam e, a partir de tal conhecimento, possam efetivar esforços para atender as demandas da população para com o direito e o Poder Judiciário como um todo. (DE SETA, 2012, p. 22)

Não basta, portanto, repetir e justificar institutos e instituições, é preciso "estranhar" a realidade posta, surpreender-se com o dado a que se tem o hábito de denominar "realidade" e desconstruir verdades naturalizadas. (KANT DE LIMA e LUPETTI BATISTA, 2010).

E é neste sentido que o presente trabalho foi elaborado. A inspiração para a idéia nasceu de uma leitura das obras *"Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)"* de José Rodrigo Rodriguez (2013), e *"Vistos, relatos e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal ..... Mas, há consenso na construção das decisões do Supremo Tribunal Federal?"*, tese de doutorado de Cristina Gomes Campos de Seta (2012), onde os autores fazem uma analise da atuação das cortes superiores do país.

O presente trabalho é fruto de um estranhamento em relação à atuação do Poder Judiciário do Município de Pirapetinga, especificamente no que diz respeito às decisões, de primeira instância, em demandas que visam o fornecimento de medicamentos ou procedimentos médicos por parte do Poder Público Municipal.

Para José Rodrigo Rodrigues (2013):

> (...) em geral, os juristas brasileiros agem de maneira personalista ao decidir casos concretos e têm a tendência de naturalizar seus conceitos ao refletir sobre o direito em abstrato. Esses dois elementos ajudam a compor o que Marcos Nobre chamou de "lógica do parecer", modo de pensar e de intervenção intelectual e profissional dominante em nosso pensamento jurídico (NOBRE, 2003) e permitem repensar o sentido da ordem jurídica brasileira como um todo (...)
>
> Quando pensam sobre um caso concreto, como se verá, os juristas brasileiros estão mais preocupados em apresentar suas opiniões pessoais sobre o problema que têm diante de si do que em demonstrar analiticamente a correção da solução que defendem.
>
> Debater tal solução perante seus colegas também fica em segundo plano. Cada juiz parece se relacionar com a esfera pública de forma independente: sua individualidade está acima das eventuais "razões do Tribunal" que, alias, não organizam os fundamentos dos votos em uma decisão coerente ou impõe a necessidade de se elaborar um "voto da corte".
>
> De outra parte, ao refletirem abstratamente sobre o direito, os juristas tendem a naturalizar os conceitos de que se utilizam, apresentando-os como a única solução possível para o problema que os ocupa com a utilização de argumentos de autoridade e erudição histórica para justificar sua posição. E, também nesse caso, eles tendem a deixar de demonstrar ana-

liticamente a correção de sua posição perante a esfera pública. (RODRIGUES, 2013, p. 6-7)

Diante da análise supracitada, e partindo apenas de um olhar superficial, pude verificar que a realidade encontrada na Comarca de Pirapetinga não se distancia de tal narrativa.

Foram analisados 12 (onze) processos judiciais, escolhidos aleatoriamente, dos anos de 2012, 2013, 2014 e 2015.[58]

A maior parte desses processos trata-se de Ações Civis Públicas ajuizadas pelo representante do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na Comarca, e visam o fornecimento de medicamentos e outros procedimentos médicos (exames, consultas e tratamentos).

Há de se destacar que o MP é responsável pelo ajuizamento do maior número de ações visando fornecimento de serviços de saúde no Município, já que a Comarca não conta com Defensoria Pública.

Analisando as sentenças, foi verificado que, no geral, todas elas são muito semelhantes, grande parte dos textos são muito parecidos, além de serem compostas pelos mesmos fundamentos, o que nos leva ao pensamento de que, pelo menos parte da redação dessas sentenças estão sendo confeccionadas pela famosa prática do *copiar e colar*.

A intenção não é criticar tal prática, entretanto, é nítido como ela se faz presente de forma direta na confecção das sentenças ora objetos da análise do presente trabalho.

A prática do *copiar e colar* recentemente foi repreendida pela 2ª Turma do STF na apreciação do HC 128.880, onde a Ministra Cármen Lúcia destacou a seriedade da questão ao afirmar que "é *a vida de uma pessoa que eles tratam como se fosse papel!*".

O tema também foi criticado pela 1ª Turma Recursal da Fazenda Pública dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul (2015), na análise de recurso no processo nº. 0051776-58.2014.8.21.9000, onde o Relator, Dr. Niwton Carpes da Silva, foi enfático ao dizer: "q*uem lê acresce, quem lê comenta, quem lê completa, quem lê tem ideias, quem não lê copia e só transcreve.*"

58. Os processos judiciais analisados foram os de número: 0004011-40.2012.8.13.0511; 0018779-34.2013.8.13.0511; 0022045-29.2013.8.13.0511; 0022433-29.2013.8.13.0511; 0020874-37.2013.8.13.0511; 0023688-22.2013.8.13.0511; 0010428-38.2014.8.13.0511; 0003909-13.2015.8.13.0511; 0011415-40.2015.8.13.0511; 0006738-64.2015.8.13.0511; 0011480-35.2015.8.13.0511; e 0017373-41.2015.8.13.0511.

O que causa uma certa estranheza é que, apesar de as sentenças analisadas terem sido proferidas por três juízes diferentes, que em determinado período de tempo foram responsáveis pela Comarca, ainda assim, todas elas se assemelham.

Como dito, por se tratar de Vara Única, a Comarca conta com apenas um Juiz de Direito, porém, esse mesmo juiz é também responsável por outras Comarcas.

À vista disso e diante do grande número de demandas, somos compelidos a acreditar na hipótese de que as sentenças aqui analisadas foram fruto de modelos pré-prontos, ainda que muito bem fundamentadas, com a finalidade de poupar tempo.

Em razão dos fatos mencionados, a apresentação da análise das sentenças será feita de maneira geral, e não separadamente, sobretudo por serem todas elas bem semelhantes, dando destaque apenas a algumas situações peculiares.

O texto de todas as sentenças analisadas iniciou-se com um breve relatório contendo as partes, o paciente, os medicamentos ou tratamentos necessitados pelo paciente, e o andamento do processo até então.

Em todas as sentenças o juiz discorre sobre a não necessidade de produção de outras provas, alegando que o que, de fato, importa é verificar se o procedimento pleiteado é realmente necessário e se há responsabilidade do Município réu em fornecer.

Em todos elas foi utilizada a mesma redação, excetuando-se o relatório inicial descrito acima, a questão da denunciação da lide que aparece apenas em cinco dos processos analisados, e a parte final onde são mencionados o nome do paciente a ser fornecido o serviço e a especificação de tal serviço de saúde.

No que tange à apreciação da denunciação da lide, presente em cinco das sentenças analisadas, matéria suscitada pelo Município réu, desejando o chamamento do Estado de Minas Gerais ao processo, o juiz indeferiu tal pedido utilizando o que José Rodrigo Rodrigues (2013) chamou de *"argumentação por autoridade"*, onde o julgador elabora sua decisão invocando autoridades (legislação, doutrinador, caso julgado) para corroborá-la.

Nos presentes casos as autoridades utilizadas foram dois casos julgados, sendo os mesmo julgados em todas as sentenças em que foi analisada a questão da denunciação da lide. Tratam-se do Agravo de Instrumento Cv 1.0479.11.019712-2/001, da 6ª Câmara Cível, e da Apelação Cível 1.0223.11.016411-6/001, da 2ª Câmara Cível, ambas do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Em todos os processos analisados, o juiz responsável pela sentença, para reforçar seu entendimento sobre o caso, se vale da interpretação do texto constitucional e da Lei nº. 8.080/90 para dispor sobre o direito à saúde.

O que também é feito quando é analisada a questão da subdivisão da competência entre União, Estados e Municípios, onde segundo o mesmo, conforme previsão constitucional, existe a responsabilidade solidária entre os entes federativos, podendo ser provocado qualquer desses entes para a prestação dos serviços de saúde, e que apesar de prevista pela Lei nº. 8.080/90 a destinação de recursos orçamentários da União independentemente de procedimento prévio das demais unidades, o problema da compensação deve ser resolvido entre os três entes responsáveis.

Em seguida, de forma quase semelhante em todas as sentenças, o magistrado passa a analisar *o caso dos autos*.

Para o julgador basta demonstrar a necessidade do serviço de saúde pleiteado, o que é feito pelos documentos médicos acostados aos autos, não importando se estes documentos são oriundos da rede pública de saúde ou da rede particular.

Mais uma vez é invocada uma autoridade como argumentação, no caso, outro caso julgado, agora o Reexame Necessário Cv 1.0629.12.000909-3/001, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o que novamente se repete em todas as sentenças verificadas.

Assim, nos termos do artigo 269, inciso II, do Código de Processo Civil, o magistrado resolve o mérito reconhecendo a procedência do pleito autoral, julgando procedente o pedido inicial para determinar que o Município réu forneça ao paciente o serviço de saúde necessário, ficando confirmada a liminar que fora concedida em todos os processos analisados.

Nesta parte das sentenças, o juiz menciona o nome do paciente e em algumas sentenças menciona também o medicamento ou tratamento a ser fornecido, sendo que no caso das sentenças que condenam o Município ao fornecimento de medicamentos, é determinado que as prescrições médicas devem ser renovadas a cada 60 (sessenta) dias.

Em algumas das sentenças, o magistrado determina que a decisão seja cumprida em quantidade de dias por ele determinada, sob pena de multa diária a ser suportada pessoalmente pelo representante legal do Município, no caso o Prefeito, ou ainda que tal multa seja revertida em proveito da parte autora.

Nesta parte da sentença, também em algumas das sentenças analisadas, no caso de fornecimento de medicamentos, o magistrado resolve que o Município pode substituir os medicamentos por similares fornecidos pelo SUS ou genéricos, desde que tenham a mesma capacidade terapêutica, a não ser que haja expressa indicação médica em sentido contrário, e ainda que, caso necessário, o Muni-

cípio pode também agendar consulta médica para adequação da dosagem dos medicamentos, com nova prescrição médica.

Por fim, são dispostas ainda questões de praxe, como as custas processuais, honorários advocatícios no caso dos processos acompanhados por advogados particulares, e a não necessidade de reexame necessário.

Pela análise das sentenças, foi possível constatar que todas elas se assemelham muito, nos levando à impressão de que elas se tratam de um modelo pronto que se encontra salvo no computador onde foram confeccionadas, restando ao magistrado apenas o trabalho de adequar tal modelo ao caso apresentado.

Entretanto, trata-se apenas de uma suposição, já que *não foram* analisadas todas as sentenças existentes na comarca, nem sequer feito entrevistas com os próprios magistrados e servidores do fórum, esforço este que será objeto de um futuro trabalho, nos restando por hora essa frágil intuição.

Todas as decisões aqui apresentadas foram favoráveis aos pacientes, e os argumentos utilizados pelo Juiz da Comarca de Pirapetinga seguem a tendência do Poder Judiciário brasileiro, com uma fundamentação bem construída, seguindo principalmente as previsões constitucionais.

Todavia, nota-se que as sentenças aqui apresentadas se distanciam da máxima de que *cada caso é um caso*, apesar de bem fundamentadas.

Nelas não se discute questões peculiares inerentes a cada caso concreto levado à apreciação do judiciário, o que contraria o entendimento de que as decisões sobre o fornecimento de serviços de saúde devem se atentar às particularidades de cada caso, não bastando apenas alegar a existência do direito à saúde.

Não se discute, por exemplo, a possibilidade de ser atendido o pleito autoral, como se qualquer pedido pudesse ser tranquilamente atendido pelo Poder Público Municipal, assim como não é levado em consideração a existência, ou não, de um possível dano à ordem e economia pública.[59]

Isso ficou bem claro, além do fato de as sentenças analisadas serem semelhantes, quando foi verificado que na sentença do processo número 0020874-37.2013.8.13.0511 o Município foi condenado a fornecer um medicamento que não era produzido no país, e que não possuía registro na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), o que levou o Município a importar o medicamento da Alemanha, prática cara e burocrática, sendo que tal fato sequer foi citado na sentença.

---

59. Para uma análise sobre o custo dos direitos e a escassez de recursos, ver Stephen Holmes e Cass R. Sunstein (1999).

Outro fato peculiar foi o caso do processo de número 0011480-35.2015.8.13.0511, onde o Ministério Público pleiteava o fornecimento, por parte do Município, de um tratamento médico.

Tal tratamento era gratuitamente fornecido pelo Estado de Minas Gerais, o que levou o magistrado, após manifestação do Município nesse sentido, a conceder uma liminar condenando o Município a apenas providenciar o procedimento administrativo necessário para o fornecimento por parte do Estado.

A liminar nesse sentido foi concedida pelo juiz que recebeu a ação, porém, o mesmo passou a gozar férias, e em seguida a demanda foi julgada pelo juiz substituto, o qual proferiu a sentença, mais uma vez, nos moldes apresentados acima, condenando o Município a fornecer o tratamento médico, diferentemente do que havia sido previsto na liminar, e sem fazer menção alguma ao fato, levando o Município a opor Embargos de Declaração.

6. CONCLUSÃO

Como já mencionado, o intuito não é de criticar as sentenças proferidas pelo magistrado da Comarca de Pirapetinga, no que se refere ao fornecimento de serviços de saúde. O que se buscou demonstrar foi como essas sentenças são construídas.

Como resultado, foi constatado que, na verdade, todas elas são bastante semelhantes, nos levando a imaginar que, ou se trata de um modelo pronto adequado a cada sentença, onde é utilizada a prática do *copiar e colar*, ou trata-se de uma gigantesca coincidência.

As sentenças são bem fundamentadas, seguindo as previsões constitucionais e da Lei nº. 8.080/90, e utilizando *argumentação por autoridade*, sendo todas elas favoráveis ao autor.

As decisões seguem a tendência do Poder Judiciário de todo o país, fazendo valer o que destacou o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, ao dizer que o direito à saúde possui um caráter universal e outro individual (MENDES, 2010, p. 9).

O Estado deve assegurar, através de políticas públicas, o acesso universal ao tratamento necessário à população, e por outro lado deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão.

No entanto, as sentenças analisadas não se atêm às peculiaridades de cada caso, se distanciando da máxima de que *cada caso é um caso*.

Nelas podemos perceber que o que vale é a mera constatação da existência do direito à saúde, e a consequente responsabilização do Município quanto ao fornecimento de qualquer serviço de saúde.

Com isso, essas decisões andam na contramão do entendimento de que as justificativas das sentenças devem ser mais concisas, e atentas ao caso concreto, exigência esta que é fruto do aumento exponencial do fluxo de medidas judiciais concessivas visando o fornecimento de serviços de saúde por parte do Poder Público.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ASENSI, Felipe Dutra. **Indo além da Judicialização - O Ministério Público e a Saúde no Brasil.** Rio de Janeiro: FGV, 2010.

_______. **Judicialização talvez possa salvar o SUS.** In: PINHEIRO, Roseni; MÜLLER NETO, Júlio Strubing; TICIANEL, Fátima A.; SPINELLI, Maria Angélica dos Santos; SILVA JR., Aluisio Gomes da (Orgs). **Contrução Social da Demanda por Cuidado: revisando o direito à saúde, o trabalho em equipe, os espaços públicos e a participação.** Rio de Janeiro: CEPESC, 2013.

BRASIL, 1ª Turma Recursal da Fazenda Pública dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul. **Acórdão em Recurso Inominado do Processo de nº. 71005282652 (nº. CNJ: 0051776- 58.2014.8.21.9000).** Relator: DA SILVA, Niwton Carpes. Julgado em 29.10.2015. Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-nov-15/turma-recursal-invalida-sentenca-baseou-parecer-mp.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão do Habeas Corpus nº. 128880.** Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJ Nr. 36 do dia 26.02.2016. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=479461.

FERREIRA, Jurandyr Pires (Org.). **Enciclopédia dos Municípios Brasileiros.** v. 26. Rio de Janeiro: IBGE, 1959.

FILPO, Klever Paulo Leal. **Quando o Tribunal é o Pronto-Socorro: Aspectos da Judicialização do Direito à Saúde no Brasil.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2005, 156 f.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes.** Nova Iorque e Londres: W. W. Norton, 1999.

PASCHE, Dário Frederico. **Desafios éticos para a consolidação do SUS.** In: PINHEIRO, Roseni; MÜLLER NETO, Júlio Strubing; TICIANEL, Fátima A.; SPINELLI, Maria Angélica dos Santos; SILVA JR., Aluisio Gomes da (Orgs.). **Contrução Social da Demanda por Cuidado: revisando o direito à saúde, o trabalho em equipe, os espaços públicos e a participação.** Rio de Janeiro: CEPESC, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro).** Rio de Janeiro: FGV, 2013.

RODRIGUES, Paulo Henrique; SANTOS, Isabela Soares. **Saúde e Cidadania: Uma visão histórica e comparada do SUS.** 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2011.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

______. **O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SETA, Cristina Gomes Campos de Seta. **"Vistor, relatos e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal" ..... Mas, há consenso na construção das decisões do Supremo Tribunal Federal?** Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, 2012. 178 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2012.

ESTADO E DIREITOS

UMA TEORIA CÍCLICA ENTRE O DIREITO DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA E OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, SOB A ÉGIDE DO DIREITO PORTUGUÊS

Alberto Raphael Ribeiro Magalhães[60]

INTRODUÇÃO

"*Eu sou homem e nada do que é humano me é alheio*": esta frase de Terêncio consagra a consolidação das ideias norteadoras dos direitos humanos, que constituem a observação dos direitos essenciais concretizadores da dignidade da pessoa humana e do desenvolvimento da sua personalidade de forma integral.

Cabe ressaltar que este artigo não incidirá na análise dos direitos humanos no plano internacional e nem no plano regional, dando-se um enfoque nos direitos humanos no plano nacional português com a finalidade de discutir a aplicação dos direitos humanos em Portugal.

Alude-se, assim, que este artigo tem como objetivo geral comprovar uma relação direta entre o direito de participação política, em principal o ato de votar, e os direitos sociais, ou seja, a importância do primeiro para a concretização do segundo, e vice-versa. Neste contexto, observa-se que por meio do voto seria admissível um encontro do indivíduo com a sociedade em que ele habita e convive, gerando uma identificação dos representantes políticos com os múltiplos grupos de cidadãos, amalgamando o pluralismo dos grupos sociais.

Com um representante seu dentro do Poder Público, instituir-se-ia um meio para erradicação da pobreza e da desigualdade social, proporcionando um acesso a uma educação de qualidade, atendimento hospitalar adequado, uma efetiva fruição do direito a habitação, do direito a seguridade social, entre outros. Desta forma, o voto é apresentado como uma das vertentes para a desconstrução da pobreza na vida das pessoas que não possuem sequer o básico para sobreviver.

---

60. Alberto Raphael Ribeiro Magalhães, advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil – Rio de Janeiro sob a inscrição 204.887, bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense, pesquisador do Grupo de Pesquisa de Teorias Constitucionais Contemporâneas da Universidade Federal Fluminense (GPTCC) e portador do endereço eletrônico albertormagalhaes@gmail.com.

Sendo assim, o presente artigo possui uma relevância indiscutível dentro do presente cenário jurídico e social brasileiro, que vem demonstrando uma instabilidade política e uma grande comoção popular perante o não reconhecimento do resultado democrático da última eleição presidencial.

Na seara do direito constitucional, o Brasil segue os ensinamentos e as orientações do ordenamento jurídico português, em diversos temas, em que pese a diferença federativa entre estes Estados Nacionais. Em especial, na temática dos direitos humanos e fundamentais, o ordenamento jurídico brasileiro vem retirando grandes lições dos estudos portugueses.

Dessa maneira, o estudo dos direitos políticos em Portugal, bem com sua correlação com os direitos sociais, pode vir a servir de rumo para o aprimoramento da democracia e da cidadania brasileira, em especial em tempos de crises institucionais e políticas, de forma que o presente artigo possui atualidade e inegável importância no presente cenário jurídico.

CAPÍTULO 1 – DEMOCRACIA E ESTADO SOCIAL

Igualmente ao sistema político, a palavra democracia tem origem do grego *demokratía.* O vocábulo tem em sua formação duas palavras gregas, quais sejam, *demos*, cujo significado é povo, e *kratos*, que traz o significado de poder ou governo.

O modelo desenvolvido em Atenas, local que historicamente se estabeleceu a primeira barreira ao poder político, bem como a participação dos cidadãos nos assuntos públicos. Neste contexto, não obstante aos avanços, a participação política não era exercida igualmente por todos , visto que apenas eram considerados cidadãos: homens, não escravos e nacionais. Por sua vez, as mulheres, as crianças, os estrangeiros e os escravos não eram considerados cidadãos e, por isso, não poderiam participar da vida da *polis*.

Desse modo, compreende-se que a democracia não é um princípio estanque, estático, mas sim um princípio dinâmico, variável com o tempo, modulando-se consoante os avanços do coletivo. Característica esta de uma sociedade aberta e ativa, "*oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade econômica, política e social*"[61]. A democracia torna-se, assim, uma investida coordenadora de uma sociedade política e social.

---

61. Cfr. Constituição da República Portuguesa, artigo 9, alínea d : promover o bem estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais.

Destarte, a própria organização política é um reflexo do momento democrático, no qual o poder político é legitimado e controlado pela vontade dos cidadãos que escolhem, por meio do voto, os seus representantes. Sendo estes *"legitimados para participarem no processo de organização da forma de Estado e de governo*[62]*"*.

À vista disso, um governante apenas possui a legitimidade no momento em que lhe é atribuída a anuência dos cidadãos eleitores, os quais passam a demandar o atendimento de determinadas exigências dos governantes no espaço de tempo de seu mandato. Neste caso, a essência da democracia pode ser verificada na formulação de Abraham Lincoln: "*governo do povo, pelo povo e para o povo*", posto que a soberania popular implica a titularidade do poder do Estado, cuja legitimação e decisão são oriundas dos indivíduos.

Assim, a democracia configura-se pela harmonização das vontades dos múltiplos grupos que a constitui, buscando – desse modo – a homogeneidade social. Verifica-se a necessidade de união política para a concretização significativa de uma homogeneidade social, já que não é viável que determinado segmento da sociedade (povo) não se veja inserido e representado dentro de seu grupo social.

O Estado de Direito trata-se, de acordo com José Joaquim Gomes Canotilho, de "*um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja atividade é determinada e limitada pelo direito*"[63], ou seja, um governo regulado pelas leis, e não pela vontade de um homem, ou um grupo deles – o que produz, consequentemente, uma insegurança aos cidadãos, visto que não há uma ordem jurídica estável.

O escopo deste tipo de Estado é extinguir e aniquilar as clivagens sociais, procedendo como estimulador de uma justiça social a partir das normas jurídicas. Visa-se, assim, superar o empecilho do estado de subdesenvolvimento de sua população carenciada na sua busca de emancipação social.

Ante o exposto, o Estado Social, embora muitos defendam uma ideia contrária[64], é um Estado Democrático. A própria Constituição Portuguesa de 1976, no seu artigo 2.º corrobora que a *"República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático*[65]*"*. E o princípio da soberania popular é o laço que existe entre o Estado Democrático e o Estado Social, de acordo com Gomes Canotilho, uma que vez a legitimidade política e a legitimação do exercício enraízam-se neste contexto.

---

62. Gomes Canotilho, José Joaquim. "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", 7ª edição, Editora Almedina, pp. 290).

63. Canotilho, José Joaquim Gomes. "Estado de Direito", 1999, página 4.

64. Basta observar determinadas críticas referentes a esta conexão: "Estado de direito retoma a crítica do totalitarismo", "O Estado de direito não pode nem deve ser um Estado social". Vide Estado de Direito, José Joaquim Gomes Canotilho, página 13.

65. Constituição da República Portuguesa, Editora Almedina, 2011, pp. 11 .

Portanto, parafraseando Immanuel Kant, o *Estado democrático de direito* representa um dos mais certos parâmetros capazes de promover a “paz perpétua” entre os povos, dentro e fora do seu Estado Nação.

Por isso, é possível verificar que o Estado de Direito é detentor de uma perspectiva fraternalista, solidária, adjunto do Estado social, ao solucionar as questões do ser individual e coletivo. O direito torna-se, desse modo, uma ferramenta de conformação social, uma vez que o Estado fica obrigado pela Constituição a desempenhar uma tarefa relevante concernente ao contexto dos direitos sociais. Havendo, assim, uma imposição de uma democracia econômica, social e cultural que *“justifica e legitima a intervenção económica constitutiva e concretizadora do Estado nos domínios económico, cultural e social*[66]*”*.

Portanto, o Estado de Direito configura-se um Estado defensor e concretizador dos direitos fundamentais, vez que estes possuem o elemento básico-essencial para a realização do princípio democrático. Por isso, ao pensar o Estado democrático dissociado do Estado social adota-se uma visão demasiado minimalista, já que um Estado de “Direito” necessita conjugar essas duas fundamentais dimensões.

CAPÍTULO 2 – DIREITOS POLÍTICOS E DIREITOS SOCIAIS

2.1 Direitos Políticos

2.1.1 Análise dos Direitos, Liberdades e Garantias

Os direitos, liberdades e garantias, beneficiadores de um regime específico – assim como os direitos análogos a estes (artigo 17.º da CRP), estão presentes no Título II da Constituição da República Portuguesa, o qual se divide em três capítulos consagrados aos “direitos, liberdades e garantias pessoais” (artigo 24.º até 47.º), aos “direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores” (artigos 53.º até 57.º) e os “direitos, liberdades e garantias de participação política” (artigos 48.º até 52.º); sendo tais correspondentes aos direitos de liberdade do indivíduo como pessoa, os direitos dos trabalhadores relacionados com seus interesses nas relações laborais e os direitos do cidadão na posição de membro ativo do cenário político[67].

Dessas três dimensões dos *direitos, liberdades e garantias*, dar-se-á ênfase a sub-dimensão da participação política, constante no Capítulo II do referido

66. Canotilho, José Joaquim Gomes. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª edição, Editora Almedina, pp. 341.

67. José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, Fundamentos da Constituição, Coimbra Editora, 1991, p. 111.

Título, visto que constitui parte essencial para a concepção dos direitos políticos consoante a consagração dos direitos sociais.

A participação política e o sufrágio ativo

A participação política é uma atividade do povo que se constitui pela vontade de influenciar a tomada de decisão do governo, quer afetando a implementação de políticas públicas, quer influenciando na escolha de pessoas que, a partir de um mandato com um prazo, concretizaram os seus interesses. Ou seja, tratam-se de direitos públicos subjetivos que conferem ao cidadão o direito fundamental de tornar-se parte do processo de formação da vontade nacional.

As formas de participação política são a petição e a ação popular (artigo 52.º, n.º 1 e 2 da CRP), a formação de partidos políticos e de associações políticas (artigo 51.º da CRP), bem como de grupos de cidadãos eleitores (artigo 239.º, n.º 4 da CRP), a apresentação de candidaturas à eleição presidencial e às eleições para os órgãos do poder local (artigo 124.º e 239.º, n.º 4 da CRP), a pré-iniciativa de referendo nacional (artigo 115.º, n.º 2 da CRP), a iniciativa legislativa (artigo 167.º, n.º 1 da CRP), a iniciativa de referendo local – condicionada a lei – (artigo 240.º, n.º 2 da CRP), a constituição de organizações de moradores (artigo 263.º e segs. da CRP). Não obstante a todos esses tipos de meios de participação política, ressalta-se a participação por meio do sufrágio ativo dos cidadãos é a forma primeira e essencial do exercício do poder por meio do povo e pelo povo.

O sufrágio ativo, consagrado no artigo 10.º da Constituição da República Portuguesa, é o instrumento da conversão do desejo de um determinado quórum da população em um mandato político. Ele se compõe pelos princípios materiais da *universalidade, imediaticidade, liberdade, confidencialidade, igualdade, periodicidade e unicidade*.

2.2 Direitos Sociais

2.2.1 A acepção dos direitos sociais

Entende-se os direitos sociais como um conjunto de elementos estruturais, os quais garantem condições materiais, para o pleno gozo dos direitos dos indivíduos. Abrangem esses direitos o direito ao mínimo existencial (relacionado com a concepção da dignidade da pessoa humana), à saúde, o direito à segurança social, o direito ao ensino, o direito à habitação, dentro outros. Assim, segundo Gomes Canotilho, "*os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos*

subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas"[68].

2.3 Direitos sociais e a *reserva do possível*

Sabe-se que os direitos sociais apenas podem existir quando exista alguma lei a regulá-lo. Constituindo-se como os direitos dos indivíduos a prestações materiais através do Estado. Assim, os direitos sociais são dependentes de uma ação concretizadora legislativa a fim de produzir a sua eficácia.

Essa ação concretizadora estatal está sujeita aos recursos econômicos disponíveis do Estado para a sua consolidação, condicionando a efetividade dos direitos sociais a uma *reserva do possível*. Entretanto, conforme Gomes Canotilho, "um direito social sob "reserva dos cofres cheios" equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica"[69]. Sendo mais plausível – em sede dos direitos sociais – reconduzi-lo a uma garantia de um mínimo social, compreendendo o dever da esfera pública de garantir o respeito a dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Sendo assim, consagra-se a teoria do grau mínimo de efetividade os direitos a prestação material, isto é, deve-se extrair uma garantia a um mínimo social dos direitos a prestação. Segundo Vieira de Andrade, esta seria a única restrição obrigatória à liberdade de conformação do legislador[70].

Dessa forma, entendendo que a Constituição não concede comando para as opções de alocação de recursos, essas decisões são do órgão político, legitimado através do voto. Essa legitimação popular é de suma importância, já que a concretização dos direitos sociais implica no favorecimento de segmentos da população, por meio de decisões que cobram procedimento democrático para serem legitimamente constituídas. Portanto, comum é observar que os autores concordam em dizer que os direitos sociais apenas passam existir quando leis e políticas externas os garantam.

2.4 As antonímias entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais

---

68. Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina, 7ª edição, 2004, p. 476.

69. Ibdem, p. 481.

70. Vieira de Andrade, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra: Almedina, 1987, p. 250-251.

A distinção entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais radica na organização da Constituição Portuguesa quanto aos direitos fundamentais, visto que ela acompanha a identificação dos direitos consoante a sistematização de Karel Vasak.

Há também uma distinção quanto no regime jurídico-constitucional de proteção: enquanto que aqueles são constituídos de um regime geral e específico dos direitos, liberdades e garantias; E o outro apenas possui um regime geral. Não obstante a distinção quanto ao custo, "os tradicionais direitos de liberdade também seriam *direitos sociais*, (...) [pois] também eles careceriam de uma conformação em grande medida baseada em prestações"[71].

Assim, mostra-se que tal distinção encontra-se enraizada mais em um nível teórico em que se relaciona com o contexto histórico do seu surgimento e identificação de cada direito, tendo em vista que a medida que estes iriam surgindo, não vieram estabelecer contraposição ou se por em relevância em relação ao outro, mas sim consolidar o amalgama de direitos existentes no ordenamento jurídico.

Vê-los como direitos antônimos, distintos, separados um aos outros é olvidar que tais direitos necessitam um do outro para a sua concretização. No próximo capítulo tratar-se-á da comprovação fundamental dos direitos políticos para a concretização e consolidação dos direitos sociais aos indivíduos.

CAPÍTULO 3 – O ENTRELAÇAR ENTRE OS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS E OS DIREITOS SOCIAIS

3.1 A participação política e as classes sociais: uma conexão inconveniente

Compreende-se que a proteção dos interesses, necessidades e preferências por parte dos cidadãos é viável pelo sufrágio ativo. Aqueles que se abstém de votar não terão seus interesses e necessidades protegidos, pois a política pública não será construída para satisfazer esses cidadãos, mas sim aos que exercem o seu dever cívico.

Assim, é compreensível que dentro da sociedade se pode perceber que a participação política é desigual: as pessoas com menos recursos não tendem a participar do processo político; enquanto que as pessoas com suficientes recursos participam ativamente na política. Tornando-se nítido que a posse de determinados recursos, considerados básicos, são essenciais para o exercício dos direitos políticos.

71. Novais, Jorge Reis, Direitos Sociais, Coimbra Editora, 2010, p. 128.

O baixo nível de participação política por parte das pessoas mais pobres é caracterizado por razões econômicas e sociais. Sendo necessário, de acordo com Rhoda Howard, algum mínimo básico garantido para que possam superar o limite que impedem o exercício dos direitos políticos[72].

Há por parte deste grupo social uma descrença acerca dos atos políticos e a situação de vida das pessoas mais pobres, visto que a permanente luta pela sobrevivência se mantem inalterada independentemente das políticas implementadas. Outra questão seria relacionada com o fato da pobreza ser sempre um assunto em campanhas políticas, que não saem deste âmbito de discussão. Como também a ideia de que o seu voto é indiferente, desnecessário, visto que os seus interesses não são respeitados pelos políticos, que durante os momentos que precedem a eleição se apresentam compadecido com a situação em que vivem, entretanto quando são eleitos não cumprem o que prometeram. Sendo o voto uma "perda de tempo" para quem luta diariamente para sobreviver o tempo é precioso.

Julius K. Nyerere, consubstanciando essa ideia, escreve em uma carta à Universidade de Toronto que:

> "What freedom has our subsistence farmer? He scratches a bare living from the soil provided the rains do not fail; his children work at his side without schooling, medical care, or even good feeding. Certainly he has freedom to vote and to speak as he wishes. But these freedoms are much less real to him than his freedom to be exploited. Only as his poverty is reduced will his existing political freedom become properly meaningful and his right to human dignity became a fact of human dignity"[73].

A participação política, portanto, é desigual, visto que as pessoas de classes sociais distintas têm acepções desuniformes a cerca do ato de votar e suas consequências. Essa desigualdade é observada pelos próprios cidadãos portugueses, que mesmo crendo que as pessoas possam exercer seu direito ao voto livremente, percebem que há desigualdades nas oportunidades de participarem no processo político[74] por parte de determinados grupos de cidadãos.

---

72. Consoante a "full-belly thesis" de Rhoda Howard "a man's belly must be full before he can indulge in the "luxury" of worrying about his political freedoms". Human Rights Quarterly, "The Full-Belly Thesis: Should Economic Rights Take Priority Over Civil and Political Rights? Evidence from Sub-Saharan Africa", p. 469.

73. Julius K. Nyerere, "Stability and Change in Africa" (an Adress to the University of Toronto, 1969), printed in Africa Contemporary Record 2 (1969-70), C30-31.

74. "Numa escala de 1 a 5, a avaliação média que os portugueses fazem sobre a igualdade de oportuni-

Destarte, enquanto se tolerar que um grupo de pessoas seja constrangido, permitindo a manutenção dessa condição desigualitária dos cidadãos de participarem no processo de decisão política, ainda existirão duas realidades em uma mesma nação.

3.2 Teoria Cíclica

É notável a tendência de considerar os direitos políticos separados dos direitos sociais. Costuma-se suscitar diferenças acerca desses dois tipos de direitos; em principal, concedendo ao primeiro uma certa autonomia quanto ao segundo, porque à medida que os direitos de primeira geração são direitos que intentam uma não intervenção do Estado, os de segunda geração são direitos que necessitam de uma intervenção legislativa para a sua criação.

Entretanto, observá-los como duas dimensões de direitos distintos e não como direitos que se entrelaçam, é um erro perceptível na sociedade presente. Defender a ideologia que os direitos de liberdade não são a base materializadora dos direitos sociais, e vice-versa, não é completamente seguro; visto que – de acordo com Jürgen Habermas – "*os direitos fundamentais só podem cumprir politicamente a promessa moral de respeitar a dignidade humana de todas as pessoas se agirem em articulação uns com os outros de forma igual, em todas as categorias*"[75].

Assim, em relação aos direitos de participação política, percebe-se que há um ciclo vicioso preso aos direitos sociais. Reconhece-se que o exercício de participação política reforçaria o crescimento econômico, o qual promoveria a implementação dos direitos sociais para todos. E essa melhoria na vida das pessoas estimularia a participação política entre os grupos de rendas baixas, uma vez que "se os direitos de defesa asseguram as liberdades, os direitos prestacionais buscam favorecer as condições materiais indispensáveis ao desfrute efetivo dessas liberdades. Os direitos a prestação supõem que, para conquista e manutenção da liberdade, os Poderes Públicos devem assumir comportamento ativo na sociedade civil."[76]

Todavia, a iniquidade social desencadeia uma desigualdade da participação política, uma vez que os mais pobres não votam e os representantes não observam a situação dos não-votantes como estes anseiam. Havendo, assim, um bloqueio das pessoas mais pobres, pois eles não exercem seus direitos de cidadãos.

---

dades para participação política em Portugal ascende a 2,9 pontos: uma avaliação média muito próxima do ponto central da escala, mas ainda mais negativa do que positiva", A Qualidade da Democracia em Portugal: A perspectiva dos Cidadãos, redator Pedro Magalhães, Julho de 2009, p. 18.

75. Habermas, Jürgen. "Um Ensaio Sobre a Constituição da Europa". Edições 70, 2012, página 35.

76. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 8 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 159.

É compreensível que a pobreza seja observada como um impedimento às pessoas carentes de direitos fundamentais de participarem na vida política, contudo deve-se entender que a partir da participação política haverá condições de mudar a situação que se encontram. Assim, as pessoas não deveriam não-votar por não ter alimentação, mas votar para ter a alimentação. Assim, para a implementação da participação política depende da satisfação dos direitos sociais, e vice-versa.

Assim, percebe-se que, na prática, a distinção entre os direitos fundamentais em dois grupos de direitos é equivocada. Os direitos de primeira e segunda geração não são direitos estanques uns em relação aos outros, mas direitos que se afirmam, concedendo uma maior área de atuação e proteção dos mesmos aos indivíduos.

Essa diferenciação que se faz em relação aos direitos de liberdade e os direitos sociais seja melhor compreendida no plano do regime jurídico aplicado a cada grupo de direito em observância ao caso concreto. Os limites que se aplicam para discernir tais categorias de direitos como dependentes de recursos financeiros do Estado também não se encontra numa harmonia teórica, pois os direitos de liberdade também necessitam de investimentos estatais para se concretizarem, ou seja, "na ausência de um conjunto mínimo de condições materiais o exercício dos direitos de liberdade fica esvaziado"[77]. A caracterização dos direitos desse modo envolve a apreensão da natureza de cada direito, mas não sobre o juízo de valor deles.

Apesar disso, os direitos de participação política – uma das três vertentes dos direitos de liberdade – são essenciais para a concretização dos direitos sociais, pois a "massa de excluídos" acaba não possuindo condições subjetivas e objetivas para adquirir os últimos direitos devido a não participação como cidadãos ativos da sociedade. Há, assim, uma ligação entre tais direitos, prendendo-os em um ciclo vicioso, comprovando que a concretização de um é necessária para a consagração da outra categoria de direitos. Deste modo, a participação política é uma das grandes chaves para a erradicação da pobreza, no qual as pessoas compreendem a sua força de atuação por meio da política para a alteração dessa má realidade, permitindo que a semente da democracia possa crescer e distribuir os seus frutos para todos.

Entretanto, como essa mentalidade, sobre o voto, ainda não é majoritária entre as pessoas pobres, seria fundamental que o Estado concedesse um mínimo essencial de direitos sociais para que elas possam conjugar o direito de participação política, pois "*the right to vote, without food, shelter and health care will create the*

77. Novais, Jorge Reis. Direitos Sociais, Coimbra Editora, 2010, p. 110.

appearance of equality and justice, while actual inequality is entrenched. We do not want freedom without bread, nor do we want bread without freedom"[78].

CONCLUSÃO

Em suma, a distinção realizada aos direitos de liberdade em alusão aos direitos sociais, tanto no plano internacional quanto nacional, não é viável. Assim como os direitos sociais, os direitos de liberdade também são direitos que necessitam de uma intervenção financeira por parte do Estado e não somente uma abstenção, uma obrigação de não fazer e de não intervir. Embora o fato deles serem separados devido o primado do primeiro e pela diferença dos regimes aplicáveis a cada um deles, esses direitos, no plano prático, interligam-se.

Essa conexão constitui um ciclo que vincula, de acordo com a temática do trabalho, os direitos de participação política com a concretização dos direitos sociais. O ponto que essa teoria cíclica se prende é o reconhecimento da participação política para a implementação dos direitos sociais a todos os indivíduos. Consequentemente, trata-se – sobretudo – de uma relação de dependência entre esses direitos, visto que para materialização destes direitos é necessária uma participação política ativa e consciente. Caso contrário, a realidade observada na sociedade será de uma iniquidade de tratamento social perante os cidadãos.

Portugal, como um Estado de Direito Democrático, tem um compromisso com a soberania popular, consoante ao respeito e na efetivação dos direitos de liberdade objetivando a realização da democracia social; para cujo desempenho e efetividade é necessário englobar os direitos de todos, e não somente de uma classe votante. Um Estado de Direito Democrático, portanto, não se trata de um Estado Democrático legitimado pelo direito, mas sim um Estado de Direito legitimado pela democracia.

De acordo com esse propósito, deve-se estimular a conscientização das pessoas mais carentes no que tange a sua participação política, apresentando-as o voto como a voz de cada indivíduo, pois se abster de votar significa não ser representado, não ter seus direitos concretizados e assegurados, silenciar-se frente aos seus interesses individuais e coletivos; isto é, superar a situação de pobreza que muitos na sociedade se encontram. Ainda que as pessoas mais pobres se escusem de votar pela descrença no sistema político, deve-se reconhecer que é necessário o Estado adotar medidas para transpor essa mentalidade negativa, uma vez que se trata

---

78. Discurso de Nelson Mandela na Estratégia para a Revolução do Século XXI. Basta acessar o link da página da internet para ter acesso ao discurso completo: http://sfr-21.org/mandela.html. Acessado no dia 11/05/2012 às 11: 28.

de um “*desrespeito pela dignidade humana [...] face às condições de vidas sociais insuportáveis e à marginalização das classes sociais empobrecidas*”[79].

Sabe-se que “*The poor have needs but also from the fact that they have rights*”[80], sendo assim necessário que se tome medidas para alterar essa conjuntura, revendo o papel do Estado quanto aos direitos sociais. E na medida em que as pessoas mais pobres tomem consciência do “ser cidadão”, por meio de uma educação cívica eficaz, será natural que o futuro torne-se distinto da situação real e elas passem a ver o voto não como algo supérfluo e desnecessário, mas como uma das armas necessárias para a manutenção da democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA, Editora Almedina, 2011;

GOMES CANOTILHO, José Joaquim e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991;

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, 2004, Editora Almedina;

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Estado de Direito*, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*, Edições 70, 2012;

HOWARD, Rhoda. *The Full-Belly Thesis: Should Economic Rights take Priority Over Civil and Political Rights? Evidence from Sub-Saharan Africa*.

MAGALHÃES, Pedro. *A Qualidade da Democracia em Portugal: A Perspectiva de Cidadãos*, Julho de 2009;

MANDELA, Nelson. *Discurso na Estratégia para a Revolução do Século XXI*. Para ter acesso ao discurso basta acessar o link: http://sfr-21.org/mandela.html (Acessado no dia 11/10/2015 às 11: 28);

79. Habermas, Jürgen. “Um Ensaio Sobre a Constituição da Europa”, Edições 70, 2012, página 33.

80. Human Rights and Poverty Reduction – A Conceptual Framework, United Nations New York and Geneva, 2004, page 33.

NYERERE, Julius K. *Stability and Change in Africa*, Africa Contemporary Record 2, 1969-70, C30-31;

REIS NOVAIS, Jorge. *Direitos Sociais*, Coimbra, 2010.

ANDRADE, Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987;

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 8 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E A IMPOSIÇÃO DE INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS COLETIVOS

Anna Carolina Moraes Ribeiro Maia[81] e Denise Mercedes N. N. Lopes Salles[82]

Introdução

O atual cenário do sistema penitenciário brasileiro permitiu que a Suprema Corte Brasileira reconhecesse, recentemente, o chamado estado de coisas inconstitucional, instituto surgido da Colômbia visando identificar situações de grave violação aos direitos humanos.

Isto pois vem sendo constatadas ao longo da última década as condições subumanas as quais grande parte da população carcerária é submetida não apenas pelas condições degradantes dos presídios, mas também pela superlotação dos mesmos. Tal situação constitui-se como flagrante afronta a direitos fundamentais como vida e saúde, física e mental, consagrados na Constituição da República do Brasil de 1988, bem como em diversos tratados internacionais cujo país figura como signatário.

De acordo com dados do Infopen de 2014, o Brasil tem a sexta maior taxa de presos por 100 mil habitantes do mundo e é o quarto país em termos numéricos da população encarcerada. Um outro dado alarmante é que 40% dessa população prisional é composta de presos provisórios, muitos dos quais poderiam estar respondendo aos processos em liberdade. Para abrigar com dignidade os presos no Brasil hoje seria necessária a abertura de pelo menos mais 250.000 vagas em relação às disponíveis atualmente no sistema prisional. É importante assinalar também que o aumento de 167% da população encarcerada no pais dos últimos 10 anos não é reflexo direto do aumento da criminalidade, mas sim de uma "política criminal hegemônica dos agentes públicos" no país (DEPEN, 2014, pág. 18).

---

81. Mestranda em Direito no PPGD - Universidade Católica de Petrópolis/RJ. Endereço eletrônico: carolmoraes84@gmail.com. Link para o Lattes:

82. Doutora em Ciência Política pelo IESP/UERJ; Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis. Endereço eletrônico: denise.salles@ucp.br. Link para o lattes: http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4761464E9.

Diante de tal panorama, constata-se a inércia do Estado não apenas no que diz respeito ao seu dever de tutela da integridade física e psíquica da população carcerária, mas também de políticas públicas voltadas a promover a reinserção dessas pessoas no seio social de origem, a fim de que a pena efetivamente cumpra o seu papel de ressocialização.

Foi sob tal contexto que se iniciou um processo de judicialização de direitos fundamentais, motivado, principalmente, pela omissão da Administração Pública em atuar de forma positiva visando o resguardo da integridade dos indivíduos no que diz respeito à vida, saúde, educação, previdência, dentre outros direitos essenciais à uma existência digna.

Através desse movimento de provocação do Poder Judiciário, busca-se a efetivação de garantias estabelecidas abstratamente no plano constitucional, mas que carecem de implementação no plano concreto por ausência de iniciativa do administrador. Ressalte-se, entretanto, se tratar de intervenção excepcional, sob pena de violação à harmonia entre os três poderes delimitada em sede constitucional.

Dessa maneira, a carência de uma estrutura que proporcione a ressocialização da população carcerária repercute não apenas na esfera moral daqueles sujeitos, vítimas de um tratamento indigno pelo Estado, mas também na da sociedade como um todo. Leve-se em consideração de que seres humanos que vivem em determinadas coletividades, possuem família, amigos e, após o cumprimento de seu dever junto ao Estado, retornarão ao convívio em sociedade.

Sob este contexto, defende-se, nesse artigo, por cabível a possibilidade de indenização a título de danos morais coletivos sempre que demonstradas as condições de indignidade impostas aos presos de uma determinada instituição prisional, através de legitimidade conferida na Lei de Ação Civil Pública, Lei 7.347/73.

Para tanto, o artigo se desenvolverá em quatro seções. Inicialmente, apresentam-se três casos dramáticos denunciados no Sistema Interamericano de Direitos Humanos envolvendo o sistema penitenciário brasileiro. Em seguida, analisa-se o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no que diz respeito à situação carcerária no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal inserindo essa temática em um diálogo com a teoria da separação de poderes. Em terceiro lugar, tratar-se-á da importância do reconhecimento de danos morais coletivos em razão do tratamento dispensado à população carcerária. Por fim, seguem-se as considerações finais visando sistematizar a relação entre a realidade e o argumento defendido.

1. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Sistema Penitenciário Brasileiro

O retrato do sistema carcerário no Brasil demonstra total incompatibilidade com o que se pode entender como respeito a um padrão mínimo de condições relacionadas à dignidade dos presos (AIBR, 2015). Como o Brasil é signatário de diversas convenções e tratados relacionados a defesa dos direitos humanos, os parâmetros definidos pela comunidade internacional deveriam ser observados no tratamento digno aos presos no sentido de resguardar sua dignidade.

Entretanto, diante de inspeções realizadas em diversas instituições carcerárias, pode ser constatado que os problemas são semelhantes em grande parte delas, apontando-se níveis de gravidade em maior ou menor extensão. Em razão da similaridade quanto às dificuldades, torna-se viável ao Estado traçar um perfil das dificuldades enfrentadas por cada unidade prisional, restando a verificação da gravidade em um caso ou outro.

Além disso, a busca pela ressocialização como finalidade do sistema, diante da realidade de grande parte dos presídios nacionais, apresenta-se deficiente e distante. Diante de situações de extrema gravidade, o Estado brasileiro foi denunciado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A seguir, serão analisados alguns dos casos em que a situação chegou ao extremo no que diz respeito à violação de direitos fundamentais.

1.1 A Casa de Detenção José Mário Alves Silva: o Presídio *Urso Branco* – Porto Velho

Construída na década de 90, esta casa de detenção inicialmente era voltada apenas aos presos provisórios, no entanto passou a funcionar como penitenciária em momento posterior, acolhendo presos com sentença penal transitada em julgado.

Ao longo dos anos o presídio vivenciou episódios de torturas, rebeliões e chacinas, incluindo-se o envolvimento de agentes penitenciários em relação aos presos. Tal situação fora relatada em 2008 quando formada uma CPI do Sistema Carcerário. Posteriormente, em 2011, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) verificou que a estrutura desumana dentro do presídio se mantinha, sendo considerada pelos seus integrantes como gravíssima.

A água fornecida aos detentos para consumo não é previamente filtrada. Some-se a isso o fato de ter sido proibido o consumo de açúcar, até mesmo quando fornecido pelos familiares dos presos, uma vez que o mesmo tem aptidão para fazer cessar o efeito do salitre, substância utilizada na alimentação dos

presos com o efeito de proporcionar saciedade, além de causar cansaço físico e impotência sexual.

A insalubridade é inconteste no presídio diante da carência de fornecimento de produtos de higiene, somados à insuficiência nos tratamentos de saúde no que diz respeito à carência de profissionais e de medicamentos. Além disso, os banhos de sol não figuram como elemento da rotina diária dos presos.

A superlotação também é outro fator desencadeador de inúmeros problemas constatados naquela unidade carcerária, em especial, violentas rebeliões. Em razão de suas condições e dos episódios vivenciados, os detentos passaram a chamar o presídio de *campo de concentração*.

Fato constatado pelo CNPCP foi a carência de esforços voltados às melhorias da estrutura do *Urso Branco*, mesmo após as inúmeras recomendações elaboradas após inspeções ali realizadas (CARDOSO; SCHROEDER; BLANCO, 2015).

Por fim, a falta de condições mínimas para habitação em razão da quantidade de presos incompatível com a capacidade máxima de indivíduos, acrescida das condições de insalubridade ao extremo promovem a revolta e a consequente violência naquela localidade, o que torna quase inviável a ressocialização dos detentos.

1.2. O caso do Presídio Central – Porto Alegre

O presídio foi construído voltando-se ao atendimento do público e com capacidade para 1.986 pessoas em regime fechado. No entanto, a realidade não condiz com a população carcerária ali encontrada que, em muito, ultrapassa o seu limite.

A superpopulação carcerária resulta em dificuldades nas instalações dos presos que são obrigados a conviver amontoados em razão do pouco espaço destinado aos mesmos. Ademais, não há no presídio qualquer divisão entre os presos provisórios e definitivos, o que afronta a política de ressocialização determinada pelo Estado ao determinar tratamento diferenciado entre os indivíduos que já se encontram com sua pena transitada em julgado e aqueles que ainda buscam a formação de uma certeza jurídica acerca de sua situação.

As condições estruturais da edificação em que se encontram os encarcerados não condizem com os padrões mínimos de dignidade a ser conferido a um ser humano (CARDOSO; SCHROEDER; BLANCO, 2015). Há necessidade de reparos na estrutura hidráulica, elétrica e, principalmente, sanitária, uma vez estar intimamente ligada à saúde dos presos.

Outro fator ensejador de grave violação aos direitos humanos volta-se à insalubridade do local que não conta com um sistema de água e esgoto adequado,

o que promove o acúmulo de sujeira e lixo atraindo insetos e animais. Também aqui a quantidade de profissionais de saúde voltados ao atendimento dos encarcerados está muito aquém do que serial o ideal, pois, além de quantidade inferior, algumas especialidades sequer constam no quadro de agentes da área.

Diante de tantas carências no que diz respeito à estrutura física e profissional, torna-se inevitável o quadro crescente de presos doentes e sem tratamento adequado, bem como a carência de espaço para que tais indivíduos sejam separados dos demais. Tal situação promove a proliferação de doenças diversas entre encarcerados, funcionários e visitantes da penitenciária em razão de contaminação.

No que diz respeito à assistência jurídica, esta é mais uma das questões levantadas pelos presos que ali se encontram, o que dificulta a análise individualizada de cada um deles no que diz respeito à possibilidade de evolução para regime mais brando, bem como outros benefícios, inclusive no que diz respeito à constatação do cumprimento da pena, o que pode resultar no encarceramento quando não for mais o mesmo devido.

Em 2012 foi realizada nova inspeção do CNPCP, que apresentou conclusão no sentido de considerar as condições vivenciadas pelos encarcerados do Presídio Central como desumanas.

1.3. O caso do Presídio do *Carandiru* – São Paulo

O Carandiru teve sua inauguração em 1920, tendo sido inicialmente nomeado como Instituto de Regeneração voltado a atender 1.200 (mil e duzentos) presos definitivos. No entanto, a partir da década de 50, o presídio começou a vivenciar a realidade da superlotação, mesmo após aumento de sua capacidade.

Após a ampliação e com o decorrer dos anos, o excesso de detentos em relação às vagas existentes tornou-se uma realidade constante e serviu como motivo a fomentar diversos outros problemas a serem vivenciados em sua rotina.

Os efeitos resultantes da quantidade de presos incompatível com o limite, sem estrutura adequada de ventilação e acomodação levaram a situação dos encarcerados ao patamar de insuportável no que diz respeito às condições mínimas de dignidade, sem a atuação efetiva do Estado a buscar soluções para esse estado (CARDOSO; SCHROEDER; BLANCO, 2015).

A criminalidade perpetuou-se no presídio e, diante do excesso de detentos e do pouco quantitativo de profissionais a atuarem no interior do Carandiru, parte de seu complexo não mais possuía o controle do Estado. Sendo assim, em tais localidades havia a administração de alguns dos presos cobrando pela habitação em espaços.

A administração da casa necessitou resguardar a integridade de presos jurados de morte por outros encarcerados, necessitando aqueles de acomodações diferenciadas e deslocadas dos demais em celas que passaram a ser apelidadas de *masmorra* por serem úmidas, lotadas e sem direito ao banho de sol.

Fato constatado é que, independentemente de condições em maior ou menor grau, todos os pavilhões do presídio conviviam em condições indignas. Desafio a ser enfrentado pelos detentos consistia, também, em uma assistência médica deficitária em um ambiente em que doenças eram contraídas e transmitidas em uma proporção cada vez maior, somando-se ao grande uso de drogas injetáveis.

Muitos foram os episódios de rebeliões vivenciados, no entanto, um deles foi considerado o mais marcante, passando a ser conhecido como o 'Massacre do Carandiru', em 1992. O evento teve início em uma rebelião que se generalizou no interior de um dos pavilhões, o que motivou policiais integrantes do chamado choque da Polícia Militar do Estado de São Paulo já ingressarem atirando. No ano de 2002 o conhecido presídio do Carandiru foi desativado.

2. O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal

O reconhecimento do instituto do estado de coisas inconstitucional se verificou quando da análise da ADPF 347 cujo objeto fora a estrutura do sistema carcerário brasileiro no que diz respeito às condições de dignidade dos encarcerados no Brasil diante de situações de insalubridade na estrutura prisional.

Trata-se de instituto que recebeu tal terminologia pela Suprema Corte Colombiana diante de constatações de violações graves a Direitos Fundamentais. Em razão das semelhanças culturais e históricas entre o Brasil e seu vizinho latino-americano, defende-se por viável a aplicação do raciocínio desenvolvido na Colômbia a permitir a atuação do Poder Judiciário diante de violação generalizadas aos Direitos Fundamentais.

A Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969, ratificada pelo Brasil em 1992, também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, nesse sentido prevê:

> Art. 5º - Direito à integridade pessoal
>
> Toda pessoa tem direito a que se respeito sua integridade física, psíquica e moral. [...]
>
> As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Dessa maneira, o mandamento supralegal citado além de visar o resguardo da incolumidade física e moral do preso, ressalta o caráter ressocializador da medida que determinou o seu cárcere.

Sendo assim, o indivíduo que tem seus direitos mais básicos violados e, por esta razão, inviabilizado o exercício de sua dignidade, dificilmente conseguirá uma readequação às condutas sociais tidas como aceitas e em conformidade com a lei caso não seja tratado como ser humano que é ao longo do tempo em que teve sua liberdade privada pelo Estado.

No caso no Brasil, na ADPF 347, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, foi necessária a observância ao quadro de superlotação carcerária, além de situações subumanas de sobrevivência em razão da insalubridade a qual estavam submetidos os presos nos diversos cárceres situados em todos os entes da federação.

Fato inquestionável e que fora levado a discussão, inclusive, por alguns dos Ministros, diz respeito à invisibilidade dos presos no Brasil. Já não bastasse o cárcere a eles imposto, diante de um quadro alarmante de insegurança pública, a sociedade comporta-se com total desprezo a esses seres humanos. O quadro se agrava ainda mais quando os Poderes Executivo e Legislativo ficam inertes, não destinando recursos suficientes à mantença dos presos, bem como deixando de implementar Políticas Públicas que garantam o chamado mínimo existencial a estas pessoas.

Nesse sentido, é importante remontar aos fundamentos do atual sistema de separação de poderes e suas atribuições e à formulação dada por Montesquieu do que deveriam ser os três poderes constituídos. Para o filósofo francês, existiriam três tipos de Poder: Legislativo, Executivo e Judiciário, com as funções respectivas de legislar, administrar e julgar. Assim, como seu precursor Locke, Montesquieu também externava sua observância quanto à necessidade de que cada um desses poderes estivesse em mãos diversas, evitando uma concentração exacerbada em um único representante, o que ofenderia qualquer ideal de liberdade.

Preocupação exarada por Montesquieu apresentava-se no sentido de que os Poderes deveriam respeitar as funções conferidas aos demais, de forma que a cada um deles caberia tão somente a observância dos demais dentro da esfera de suas funções. A atuação de cada um dos poderes de forma limitada em sua atuação, garantiria uma harmonia entre os diferentes órgãos, evitando-se qualquer tipo de arbitrariedade estatal; mecanismo de equilíbrio que ficou conhecido como sistema de Freios e Contrapesos.

Sua finalidade consistiria basicamente em assegurar um equilíbrio entre os poderes constituídos, instaurando-se uma separação relativizada por interferên-

cias entre tais poderes, tendo cada Poder autonomia para exercer sua função, porém com o controle dos demais poderes. Este sistema evitaria o exagero no exercício de poder por parte de qualquer um dos Poderes (MONTESQUIEU, 2008).

Extrai-se dessa ideia o enunciado contido o art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, documento francês que assim preconizou que "Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição" (CIDADANIA E JUSTIÇA, 2009).

Observa-se que a importância do Carta supracitada ultrapassou as fronteiras da França para o mundo a servir de modelo de democracia contemporânea até os dias atuais; influência que incidiu, inclusive, sobre o Estado Democrático de Direito Brasileiro, o qual traz em sua Carta Magna de 1988, em seu art. 1º, a Separação dos Poderes como um de seus fundamentos.

Portanto, na questão ora em análise, a situação da maioria da população carcerária brasileira, verifica-se que, diante da inércia dos poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário interviu de forma a garantir os direitos humanos.

Assim, como precedente da Corte Suprema Brasileira, tem-se o Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, julgado em 13.08.2015, o qual entendeu pela viabilidade de o Poder Judiciário intervir em matéria de política pública a fim de determinar que União e Estados realizem obras em unidades prisionais com fins de garantir a dignidade e o mínimo existencial dos presos.

Atualmente tem-se o Recurso Extraordinário nº 580.252/MS e a ADI 5.170/DF, que têm por objeto a possibilidade de indenização por danos morais aos presos, uma vez comprovada as condições de indignidade às quais fora submetido ao tempo do cárcere, ambas estando atualmente em pendência de julgamento.

A ADPF teve sua admissibilidade reconhecida, por se entender que esta medida processual seria a mais adequada ao debate proposto. O caso em abstrato versa sobre a violação de Direitos Humanos de forma contundente, em razão de alegada inércia do Estado, em especial, do Poder Executivo, ao quedar-se omisso diante de situação degradante dos indivíduos situados em situação de cárcere no Brasil. E, como acrescenta Arthur Sanchez Badin:

> Ademais, a doutrina tradicional ressalta que o Judiciário deve realizar o "controle pela via principiológica", selando para que o ato administrativo esteja consonante não apenas com a legalidade, mas também com o princípios, de substrato ético, como

> isonomia, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, positivados na Constituição Federal de 1988. (...) (BADIN, p. 72)

Dessa maneira, pleiteou-se junto ao Poder Judiciário a procedência por parte deste com a finalidade de determinar ao Poder Público a construção de novos presídios em razão de flagrante situação de superlotação, bem como a reforma dos estabelecimentos prisionais já existentes com fins de melhoramentos nas condições da salubridade de suas instalações.

Levou-se em conta também a má-utilização dos recursos orçamentários do Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, a fim de que a administração libere os valores contingenciados para custear os gastos relacionados às obras de melhoria de construções nos antigos e atuais presídios.

Argumentou-se como tese da demanda que a não utilização dos valores presentes no FUNPEN vem impossibilitando melhorias nas condições de dignidade dos presos, propiciando um quadro de déficit de saúde, alimentação adequada, educação, trabalho e assistência jurídica.

Por tais razões, entendeu-se necessária o ajuizamento de tal ação junto ao Poder Judiciário a fim de resguardar direitos fundamentais de indivíduos que se encontram à margem da sociedade, por se encontrarem eternamente estigmatizados pela sociedade em razão da prática de delitos.

Dessa maneira, constata-se no caso em questão a inércia do poder público em atuar junto às minorias desprezadas pela coletividade. Acrescente-se o fato que este tema não é sensível nem passível de descontentamento para grande parte da sociedade. Eis, então, uma das razões pelas quais não se tornam temas de agenda política contemporânea políticas voltadas à garantia da dignidade da população carcerária.

3. O reconhecimento de danos morais coletivos em razão do tratamento dispensado à população carcerária

A inserção dos danos morais no ordenamento jurídico brasileiro se verificou com a promulgação da Constituição da República de 1988. Em momento anterior o tratamento normativo voltava-se apenas aos danos passíveis de aferição pecuniária, sendo os danos extrapatrimoniais objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial quanto à sua existência e, caso positivo, suas formas de reconhecimento.

Atualmente não resta qualquer dúvida no que diz respeito ao seu reconhecimento, no entanto, em se tratando de lesão não passível de quantificação, sempre exigirá uma análise subjetiva no que diz respeito ao seu reconhecimento, bem como quanto ao valor devido a título de compensação.

No que diz respeito aos danos morais tidos por tradicionais, ou seja, aqueles reconhecidos individualmente, tem-se como parâmetro a personalidade dos indivíduos. Dessa maneira, a antiga definição dos danos morais como sendo dor, sofrimento e humilhação hoje são tidos como eventuais consequências da ocorrência do um dano moral constatado.

> (...) são definidos como sendo as "lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico" (MELO: 2011: pág. 6)

Dessa maneira, tem-se por danos morais em sede doutrinária e jurisprudencial as lesões que são passíveis de valoração pecuniária, mas que atinjam algum dos direitos da personalidade tutelados pelo ordenamento jurídico, tal como a honra, o nome e a imagem a título de exemplos.

No entanto, a complexidade das relações sociais como um todo, incluindo o Estado como uma das partes em algumas situações, passa a fazer com que seja ampliado o possível campo de incidência dos danos morais, não apenas para o sujeito visto individualmente, mas também de forma coletiva. Neste sentido, importa ressaltar o comentário de Schreiber.

> Se os despertar do direito para os interesses supraindividuais pode ser considerado um dos grandes avanços da ciência jurídica recente, o reconhecimento da necessidade de tutela dos interesses existenciais atinentes à pessoa humana representa uma autêntica revolução. A consagração da dignidade humana como valor fundamental nas constituições do último século, associada à aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas, veio exigir com força irresistível a ressarcibilidade, até então discutida, do dano extrapatrimonial (SCHREIBER: 2012, pág. 89).

Assim, se pode verificar na atualidade lesões morais que provoquem repercussões danosas na coletividade como um todo, em circunstâncias que fa-

cilmente se pode identificar a afronta à moralidade, aos bons costumes e a valores caros àquela determinada comunidade.

Em que pese uma quantidade cada vez maior de danos morais coletivos no âmbito do direito do consumidor e do direito ambiental, certo é que não traz o ordenamento jurídico qualquer rol taxativo que venha prevendo casos predeterminados para a sua constatação. Por tais razões, as mesmas repercussões negativas poderiam ser verificadas não apenas pela população carcerária, mas também à toda uma coletividade que a cerque.

Vale destacar que o caráter ressocializador repercute não apenas para os indivíduos que se encontram em estabelecimentos penitenciários cumprindo determinada pena imposta previamente pelo Estado, mas toda uma coletividade, incluindo as pessoas que possuem laços afetivos com o detento, bem como qualquer indivíduo que possa estabelecer algum vínculo social com este.

Assim sendo, o tratamento desumano conferido ao preso repercutirá em sua estrutura física e psíquica, bem como será capaz de afrontar a sociedade como um todo, pois hoje não se admite mais uma sociedade inerte, alheia aos infortúnios alheios. O senso de moralidade no mundo contemporâneo faz com que a coletividade não admita mais determinadas posturas assumidas por grupos sociais ou mesmo pelo Estado.

Por outro lado, vale observar que se compactua com a ideia de que os danos morais coletivos devem ser pretendidos por legitimados previamente estabelecidos pela ordem jurídica, especificamente aqueles tratados pela Lei de Ação Civil Pública, Lei 7.347/73. Conforme prevê a lei, elencam-se como possíveis postulantes pessoas e entidades com missão institucional de tutela de direitos coletivos e difusos, em razão de sua suposta imparcialidade e deveres estabelecidos em lei.

Outro ponto que merece destaque diz respeito à destinação dada aos valores eventualmente atribuídos em razão do reconhecimento dos danos morais coletivos. Sob tal panorama, invoca-se o art. 13 da lei supracitada, o qual prevê fundo específico, em regra voltado ao auxílio no reparo dos danos ocorridos em determinados casos.

Dessa maneira, comprovada a carência de condições mínimas de resguardo da dignidade de determinada população carcerária, passível estará o estado membro de ser responsabilizado por sua administração inerte, o que ensejaria eventual indenização pelos danos morais coletivos, desde que demonstradas as reais situações em que tais estabelecimentos se encontram.

Por fim, quanto às possíveis verbas indenizatórias aferíveis a título de dano moral individual, o próprio detento submetido a condições subumanas pode-

rá pleitear, em sede se juízo comum cível, compensação pelos danos sofridos de natureza extrapatrimonial, de forma independente e autônoma da pretensão apresentada em sede de ação coletiva.

4. Considerações Finais

Diante do exposto, conclui-se pela possibilidade do chamado estado de coisas inconstitucional sempre que se estiver diante de flagrantes situações de violação aos direitos fundamentais dos indivíduos, o que restou claro na análise da ADPF 347 pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, diante da constatação da mantença de uma gigantesca população carcerária submetida a condições subumanas de tratamento, em inegável violação às suas condições físicas e psíquicas, admitiu-se a manifestação do Poder Judiciário, diante de sua provocação, no sentido de reconhecer a inconteste omissão da administração pública e determinar a tomada de medidas visando reverter a situação de penúria a qual os presos estavam submetidos.

Inadmissível, assim, o tratamento extremamente penoso daquele sujeito que tem a sua liberdade privada para fins de reparação por algum ilícito praticado contra a sociedade e contra o Estado e que tem que lidar diariamente com a falta de higiene, de alimentação precária, de carência de cuidados com a saúde, dentre tantas outras falhas permitidas pelo Estado.

Ressalte-se que, de maneira alguma, há algum tipo de fomento à atuação do Poder Judiciário fazendo as vezes dos demais poderes. Ao contrário, tal intervenção poderia não ser o ideal, porém a mesma é necessária quando houver indiscutível carência de políticas públicas determinadas pelo ordenamento constitucional.

Reconhece-se, assim, com a evolução conferida aos novos direitos, advindos das relações sociais do mundo contemporâneo, a viabilidade de reconhecimento dos chamados danos morais coletivos em razão do tratamento indigno pelo Estado destinado a uma minoria já marginalizada pela sociedade em razão de sua condição de detenta e tendo que enfrentar as condições mais humilhantes às quais um ser humano poderia ser submetido.

Assim, tem-se por perfeitamente cabível a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública visando a reparação daqueles danos de natureza extrapatrimonial sempre que demonstradas as condições de indignidade impostas aos detentos de uma determinada instituição prisional. Com base na verba aferida a título de tais danos e voltado ao fundo previsto no art. 13 da Lei 7.347/73, permitir-se-ia eventuais reestruturações em tais estabelecimentos de custódia.

Pelo exposto, defende-se que a verba indenizatória seja destinada ao fundo previsto no art. 13 da supracitada lei, visando o afastamento de possível enriquecimento ilícito por parte do encarcerado, resguardando, porém, monta a viabilizar a melhoria das condições estruturais de estabelecimentos. Nenhum óbice, entretanto, quanto a eventuais demandas individuais contra o Estado demonstrando em concreto abalos de natureza física e psíquica eventualmente ocorridos.

Referências

ANISTIA INTERNACIONAL BRASIL (AIBR). Informe 2014/2015. *O Estado dos Direitos Humanos no Mundo.* London, UK: 2015. Disponível em: <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/02/Informe-2014-2015-O-Estado-dos-Direitos-Humanos-no-Mundo.pdf>. Acesso em: 26/09/2016.

BADIN, Arthur Sanchez. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2013.

CARDOSO, Tatiana de Almeida F. R.; SCHROEDER, Betina Barbacovi; BLANCO, Vinícius Just. *Sistema Prisional e Direitos Humanos*: A (In)Suficiente Responsabilização Internacional do Estado Brasileiro. Revista Eletrônica de Direito Internacional. [online]. Coordenação Geral: Leonardo Nemer Caldeira Brant, vol 15 (2015.1), Belo Horizonte, CEDIN, 2015. Disponível em: http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Artigo-Tatiana-Betina-Vin%C3%ADcius.pdf. Acesso em: 10/09/2016.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional.* Salvador: Jus Podium, 2011.

DEPEN – DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN.* Ministério da Justiça. 2014

KLEVENHUSEN, Renata Braga. *Direitos Fundamentais e Novos Direitos.* Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

MELO, Nehemias Domingos. *Dano Moral – Problemática: Do cabimento à Fixação do Quantum.* São Paulo: Atlas, 2011.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PAIVA, Angela Randolpho. *Direitos Humanos e seus Desafios Contemporâneos.* Rio de Janeiro: PUC Rio: Pallas, 2012.

PORTAL BRASIL. *Cidadania e Justiça*. Disponível em: http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2009/11/declaracao-universal-dos-direitos-humanos--garante-igualdade-social . Acesso em: 31/08/2016.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos.* 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

STF, Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental *nº 347*, Rel. Ministro Marco Aurelio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, Publicado em 16/08/2016.

ANÁLISE CRÍTICA DA ADI 4815: O CONFLITO ENTRE INTIMIDADE E INFORMAÇÃO NO CASO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS

DANILO FERREIRA TAVEIRA DE CARVALHO OLIVEIRA[83]

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos tem ocorrido a produção de biografias de pessoas consideradas públicas sem as suas respectivas autorizações, o que gerou ampla discussão entre o direito à intimidade dos artistas de conservarem oculto os atos de sua vida do público em geral e o direito à informação que a imprensa tem acerca de fatos que envolvem pessoas notórias.

Nesta esteira, o Código Civil dispõe sobre a necessidade de autorização a exposição de imagem, exceto se necessária à administração da justiça ou a manutenção da ordem pública e a inviolabilidade da vida privada. Em razão disso, inúmeras ações foram propostas por artistas, resultando na proibição da circulação das respectivas biografias.

Neste sentido, foi proposta em 2012 pela Associação Nacional dos Editores dos Livros a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4.815, que buscava declarar a inconstitucionalidade dos artigos 20 e 21 do CC/02, sem redução do texto, sob fundamento de violação ao direito à liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito.

Desse modo, até que medida o direito à intimidade irá ceder espaço para o direito à liberdade de informação e liberdade da imprensa? Será que o exercício regular de um determinado direito fundamental, seja a intimidade ou informação, irá se imiscuir no outro ou ambos conseguem subsistir no ordenamento jurídico, sendo preservados?

Busca o presente analisar a tensão entre o direito à intimidade e o direito à informação no âmbito da ADI, de forma a definir dentre as técnicas de resolução

83. Advogado no Estado do Rio de Janeiro. Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Pesquisador no Grupo de Pesquisa de Teorias Constitucionais Contemporâneas (GPTCC)

do conflito e os modelos propostos, no caso, aquele que se adéque melhor à ordem plural de valores consagrados pelo Estado Democrático de Direito e a tutelas dos direitos fundamentais na Constituição de 1988.

Para tanto, primeiramente se firma a análise teórica essencial ao debate, faz-se o exame dos direitos fundamentais, de forma a fixar o papel que assumem na ordem jurídico-constitucional inaugurada pela Carta de Outubro, bem como, a resolução de seus conflitos, a partir da hermenêutica constitucional construída após meados do século XX.

Posteriormente, se delimita o objeto de estudo do trabalho, verifica-se, dentre as pluralidades de conteúdos jurídicos assumidos pelo direito à intimidade, as correntes teóricas adotadas, bem como a amplitude assumida pelo direito à informação e os seus contornos assumidos no Estado Democrático de Direito.

Por fim, se faz a crítica concreta do conflito em evidência, o trabalho perquire contextualizar brevemente os antecedentes da ADI 4815 e sistematizar os modelos de resolução de conflito entre os direitos envolvidos, de forma a delimitar aquele que melhor se amolda à ordem jurídico-constitucional e ao Estado Democrático de Direito.

2. A COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são concebidos como direito subjetivo público, porque oponível pelo cidadão em face do Estado. Assim, se, de plano, forem direitos contra o Estado, todos os poderes públicos (e os privados que estiverem a exercer funções públicas) estarão submetidos - seja o legislativo, executivo e judiciário - a respeitar os direitos fundamentais[84].

Neste aspecto, tem-se que a interpretação dos direitos fundamentais depende, necessariamente, de uma teoria dos direitos fundamentais, e esta de uma teoria da Constituição, como se fossem "argolas" nesta sequência lógica. Em ato contínuo, ambas as teorias dependem necessariamente de um conceito de Estado, ou seja, de uma ideologia (BONAVIDES, 2011, p. 595-598). Esta se estriba em valores do Estado Democrático de Direito – amálgama do Estado Liberal com o Estado de Bem Estar Social - com regras e princípios constitucionais, que legiti-

84. Cf. Professor Gilmar Mendes, a exigência de respeito às normas definidoras dos direitos fundamentais com aplicação imediata é a intenção do constituinte para inaugurar uma integração completa dos órgãos concernentes do Estado a fim de efetivar os direitos fundamentais. MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. Cadernos de direito tributário e finanças públicas. n. 24, v.6, 1998. p. 47.

mam os direitos fundamentais e a própria Constituição, e são regidos por uma teoria material da Constituição (BONAVIDES, 2011, p. 596).

Vislumbra-se, com clareza, a insuficiência da velha hermenêutica constitucional para interpretar os direitos fundamentais, bem como para emprestar a dimensão que lhe são devidas. Os métodos tradicionais de interpretação – gramatical, lógico, sistemático e histórico – contudo não estão adequados à exegética exigida para os direitos fundamentais (BONAVIDES, 2011, p. 607), porquanto se encontram entranhados no positivismo lógico-formal, com a ideia da subsunção normativa.

Por outro prisma, a nova hermenêutica constitucional introduziu o conceito de concretização – embora muito criticado por alguns doutrinadores (BONAVIDES, 2011, p. 619-623) - que implica nos direitos fundamentais, bem como as cláusulas abertas do texto constitucional e requer do intérprete uma maior diligência criativa para alcançar a concretude da norma e atingir a juridicidade esperada no ordenamento, inspirando-se em uma teoria material de valores, fazendo da Constituição não só normas programáticas, mas, também, concretas (BONAVIDES, 2011, p. 606).

Sem embargo, a título de se desvendar os direitos fundamentais não se pode desprender da inclinação hermenêutica da "unidade da constituição", porquanto, como se viu, se para se desenvolver uma exegética dos direitos fundamentais se deve, ao lado disso, construir uma a respeito da interpretação da Constituição. Sabe-se que esta não pode ser considerada isoladamente, ou em uma ou outra prescrição singular, porque é inescusável existir uma totalidade da Constituição, de modo que os comandos constitucionais devem guardar compatibilidade quando de sua interpretação (BARROSO, 2009, p. 372-376).

Todavia, embora haja o Princípio da Unidade da Constituição que impõe a existência coerente entre os bens e valores igualmente tutelados pela ordem jurídico-constitucional, não raramente a vida prática impõe situações fáticas em que se chocam esses direitos fundamentais, na chamada colisão de direitos fundamentais (BARROSO, 2004, p. 106), ao qual há insuficiência dos critérios tradicionais para superação de conflitos normativos, como grau hierárquico, temporalidade e especialização (BARROSO, 2004, p. 109).

Nesse diapasão, é ululante que os direitos fundamentais têm o mesmo *status* jurídico e não gozam, portanto, de superioridade de um em relação ao outro, porque estão no mesmo patamar axiológico e gravados da cláusula de inatingibilidade, ou seja, são cláusulas pétreas da Carta Magna Brasileira (BARROSO, 2004, p. 110). Por conseguinte, o conflito entre dois direitos fundamentais acaba

por “empurrar” o intérprete para uma rua sem saída, uma vez que o direito não traz solução para essa situação nova, tampouco há ensejo para aplicação do método subsuntivo, logo a técnica da ponderação deve ser utilizada pelo julgador, seja na ausência de parâmetro legislativo, seja para aferição do caso concreto.

Assim, em razão dos “gargalos” jurídicos hermenêuticos, desenvolve-se a técnica da ponderação, em que busca se adaptar as nuances exegéticas exigidas pela dinâmica social. Destarte, a ponderação visa resolver os casos difíceis – ou famosos, *hard cases* – que são aqueles insatisfeitos com a técnica de utilização das premissas maiores e menores, conhecido como método subsuntivo (BARCELLOS; BARROSO, 2003, p. 55). Contudo, isto não quer dizer que haverá uma negação deste método que continuará a ser usado, quando cabível, normalmente.

Para tanto, a fim de efetivar a técnica, a doutrina (BARROSO, 2004, p. 115-117) descreve três etapas para o processo exegético da técnica de ponderação. Primeiramente, os comandos normativos são identificados, isto é, as normas que incidem no caso fático, não quer dizer que será um enunciado normativo versus outro enunciado, ocorre a conjugação de mais de um dispositivo para compor determinado direito em detrimento a outro conjunto, o intuito precípuo desta separação é otimizar a comparação entre os elementos normativos em disputa (BARCELLOS; BARROSO, 2003, p. 58).

Em um segundo momento, se busca perquirir as circunstâncias fáticas, ou seja, aquilo que realmente de fato ocorre no “mundo dos fatos”, como se costuma dizer, e também a interação destes com os elementos normativos (BARCELLOS; BARROSO, 2003, p. 57-58). Desse modo, é neste instante, quando há o cotejamento entre os fatos com o conteúdo normativo, que se dará o sentido real, e se determinará o papel e extensão de influência das normas previamente identificadas (BARROSO, 2004, p. 115).

Aduz-se, até este ponto, somente, as pré-compreensões do julgador, porquanto o intérprete apenas cria uma estrutura lógica de raciocínio e de cognição a respeito do caso que irá decidir. Então, no terceiro momento, ocorre a atividade de julgar, de fato. Portanto, é neste instante que a ponderação irá se realizar, aplicando-se os princípios, observando sua estrutura social e histórica, bem como sua natureza, com maior ou menor intensidade, em razão das circunstâncias jurídicas ou fáticas. Logo, aqui se decidirá qual agrupamento de enunciados normativos devem sobressair no caso concreto; porém, além dessa escolha feita, é necessário, outrossim, graduar a intensidade da solução proposta para o caso,

sendo todo esse processo cognoscível instrumentalizado pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade (BARROSO, 2004, p. 116).

3. OS DIREITOS À INTIMIDADE E A INFORMAÇÃO

O direito à intimidade é um direito fundamental constitucionalmente garantido[85] que integra a personalidade humana (SILVA, 2003, p. 7-9). Em razão disso, é imperioso destacar aprioristicamente o que são os direitos da personalidade ante o debate acerca do conteúdo jurídico extraível do respectivo direito individual.

O conceito de personalidade está relacionado diretamente ao conceito de pessoa, porquanto qualquer ser humano que nasce com vida, adquire personalidade (GONÇALVES, 2010, p. 100 e ss.), estando, desde já, apto para ter direitos e assumir obrigações ou deveres na ordem civil. Estes são encarados, conforme doutrina majoritária (GONÇALVES, 2010, *passim*), como direitos intrínsecos ao ser humano, isto é, são concebidos e pertencem ao ser humano desde o seu nascimento com vida[86], logo são inerentes ao ser (SILVA, 2003, p. 7-10). É necessário salientar a relação entre direitos à intimidade, lato senso considerado, e a personalidade, para pontuar que nem sempre existiu esse reconhecimento de qualquer pessoa, pois à época da escravidão, os negros eram tratados, de forma aviltante, como objeto, coisa da relação jurídica (GONÇALVES, 2010, p.93).

O conteúdo jurídico de tal direito fundamental pode ser delineada pela Teoria da Intimidade do ensaio Warren – Brandeis, em um contexto onde a imprensa estadunidense havia passado dos limites ao avançar tanto na vida íntima das pessoas, ultrapassando a linha do bom senso para devassar a vida particular, a fim de veicular fofocas que geravam vultosos retornos financeiros aos folhetins. Estimulando, assim, uma sociedade voltada ao voyeurismo, ou seja, a uma comunidade que se preocupasse excessivamente com a satisfação sexual, obtendo--o inclusive através da observação das pessoas, beirando a patologia, agindo, portanto, a custa da intimidade alheia (AIETA, 1999, 82-83).

Sob tal égide, o direito à intimidade se travestiu de uma dupla face, de um lado uma visão conservadora, porque pretendia proteger as pessoas de qualquer investida sobre sua privacidade, inclusive dificultando ao poder público e à sociedade de obterem informações acerca de situações econômicas e financeiras das pessoas, o que teria um interesse público, mas seria rechaçado pela

85. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Art. 5º, X

86. Há vários exames desenvolvidos pela Medicina para constatar se houve nascimento com vida ou não, contudo o exame mais utilizado é chamado de Docimasia Hidrostática de Galeno.

preservação da intimidade; por outro lado, se apresentou com uma perspectiva de vanguarda ao tratar de tema tão caro ao ser humano, instrumentalizando sua defesa aos avanços, até mesmo institucionais do poder público em face da busca de dados, informações destinados aos comportamentos ideológicos, enfim, significou uma resistência à investida do poder público e da sociedade sobre a esfera privada (AIETA, 1999, 85-87).

Por efeito, para a maior parte da doutrina, o conceito de vida privada vislumbra a proteção da vida pessoal e familiar das pessoas, além da intimidade do lar, dos indivíduos aos estranhos (AIETA, 1999, p. 96). Ademais, objetiva-se o direito de não exibir para terceiros aquilo que diz acerca somente a vida particular das pessoas, preservando as pessoas da esfera pública, tendo como conteúdo ético do direito à intimidade a dignidade humana.

O direito à informação, tal qual o direito à intimidade, é um direito fundamental constitucionalmente assegurado[87]. O prestígio do debatido direito é exponencialmente elevado em nossa Carta Magna, não há uma mera proteção, mas aduz-se um sistema constitucional que garante o direito à informação. Destarte, por ilação simples, existe um bloco constitucional que afirma a eficácia deste direito, que percorre os princípios da Dignidade da Pessoa Humana, bem como do Estado Democrático de Direito, da Pluralidade Política, da Igualdade, da Liberdade, Justiça e dos Direitos Humanos, além, claro, da própria positivação do direito à informação.[88]

O Direito à Informação liga-se intimamente com o princípio democrático que embora tenha conteúdo múltiplo e variável, que abrange mais que o simples exercício do direito ao voto, mas a participação contínua no processo de deliberação pública, o que compreende necessariamente prévio acesso às informação públicas no processo cognitivo. Dessa forma, permite-se ao sujeito participar no debate que orientará a formação da decisão pública (PAGLIARINI; AGOSTINI, 2009, p. 76).

Neste sentido, o conteúdo de tal direito pode ser delineado a partir da obra "O Jardim e a Praça" que traduz de forma categórica as duas dimensões em constante conflito no mundo atual, ou seja, o público e o privado. A parábola trata a praça como uma parte da cidade que seria a figura do espaço público, de cenário político, vidas publicáveis, por outro lado o jardim representaria a vida consigo mesmo com a família, ou seja, a parte interna da própria casa. Em suma,

---

87. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Art. 5, inciso IX .

88. ÁVILA, Humberto. Estatuto do contribuinte: conteúdo e alcance. Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12, novembro/dezembro/janeiro, 2008. Disponível na internet: http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp, acessado em 01/09/2014.

seria a vida com todos em uma perspectiva e em outra esfera a vida hermética, fechada, encastelada (SALDANHA, 1983, p.105-108).

Destarte, inicialmente, almeja-se separar o direito à informação das demais manifestações do pensamento, embora possa parecer uma tarefa de difícil monta, se faz necessário, ainda que as liberdades se ramifiquem como uma árvore da liberdade de pensamento, não possuem todas as mesmas características e os mesmos signos semânticos, razão pela qual extremar a informação se torna necessário. (SALDANHA, 1983, p. 52).

Não obstante a justificativa social empregada, a informação em um Estado Democrático de Direito tem outra função social de igual relevância, qual seja, o direito às informações sérias, seguras e imparciais, uma vez que esse direito exerce um papel de destaque no cenário político. Pois, em uma sociedade em que o poder político se estriba no povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, conforme a constituição[89], é fundamental a informação para que se possa deliberar com consciência (GRANDINETTI, 1999, p. 53).

Portanto, o direito à informação apresenta uma dupla perspectiva, por um lado tem uma fundamentação subjetiva ao salvaguardar seu desenvolvimento pessoal, bem como poderá se exigir tanto em face do Estado como de pessoas físicas ou jurídicas; por outro lado, apresenta uma fundamentação objetiva ao permitir aos cidadãos que se realizem nas esferas sociais e políticas, participando ativamente da sociedade em que estão inseridos, ao passo que ao efetivarem este direito subjetivo público se cristaliza o pluralismo político (GRANDINETTI, 1999, p. 55-57).

4. A ADI 4815 E O CASO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS

Sabe-se, *ab initio*, que os direitos fundamentais da intimidade e vida privada entram em colisão, não raramente, com os direitos fundamentais da liberdade de expressão e informação em razão da ligação tênue existentes na concretização de ambos os direitos. O tema suscita inúmeras controvérsias doutrinárias e diversas ações judiciais, porém nos últimos meses ganhou especial relevo, mormente com o ajuizamento e discussão a respeito da ADI 4815 que levou ao STF ao debate sobre as biografias não autorizadas.

Neste diapasão, aduz-se que pessoas notórias, sejam artistas, esportistas e profissionais liberais que por força de seu labor ganhem repercussão social têm

89. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Art. 1, parágrafo único.

procurado o Poder Judiciário a fim de tentar proteger seus direitos, supostamente, violados. Nesta esteira, a discussão paira em torno da divulgação de biografias não autorizadas, sem consentimento do biografado, sob o pálio de defesa do direito fundamental da intimidade e vida privada, respaldando-se tanto na Carta Magna de 1988 quanto no Código Civil de 2002.

Apresenta-se que o Código Civil[90], em suas dicções legais, prescreve, em suma, que para haver publicação de escritos, transcrição de palavras entre outras situações referentes às pessoas deve ter autorização dessas pessoas necessariamente. Se, porém, for caso de pessoa falecida ou ausente, está legitimado o cônjuge, ascendente ou descendente para requerer tal proteção.

Desse modo, com intuito de proteger o direito à intimidade e vida privada, as pessoas notórias, isto é, aquelas que produzem reverberação na história e na sociedade em geral tem se valido ordinariamente deste expediente para proibir a divulgação de escritos, em uma espécie de censura privada, conferindo, portanto, aos titulares um direito potestativo[91]. A título de exemplo, temos os casos de Roberto Carlos e Garrincha[92].

Em ato contínuo, induz-se que a liberdade de expressão e os direitos a eles inerentes, seja de qual for a dimensão, são precípuos ao Estado Democrático de Direito, conforme o traçado na Constituição, demonstrando, logo, a referida posição de preferência, face a sua importância na República. O posicionamento, portanto, da liberdade de expressão de forma preferencial é corolário lógico da centralidade do sistema de liberdade de expressão, enquanto garantia institucional que precede à Constituição de uma robusta e sólida democracia brasileira.

Assim, a condição estabelecida pelo CC/02 para consentimento de biografias, pelo biografado ou familiares, fere mortalmente o direito fundamental à livre divulgação da informação pelos historiadores e biógrafos, bem como atinge o direito à obtenção de informação, cuja titularidade pertence aos cidadãos e, claro está, a toda coletividade. Destarte, o pleito junto ao Supremo buscava elidir o condicionamento da autorização e, portanto, almeja efetivar o princípio do pluralismo pleno, seja o político, histórico e cultural assegurados no art. 1, inciso V da Carta Magna de 1988.

Além disso, a ausência de autorização não confere ao biógrafo um direito absoluto, vez que se abusar do direito e restar caracterizada a divulgação de uma informação sabidamente falsa ou uma ofensa à honra, comprovada, do

---

90. BRASIL, Lei Federal nº 10.406 de 05 de janeiro de 2002.

91. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI nº 4.815. Petição Inicial.

92. Processo referente ao livro que trata da biografia do Roberto Carlos: 0006890-06.2007.8.19.0001. Processo referente ao livro que trata da biografia do Garrincha: Resp. 74.473-RJ (95/0046745-3).

biografado se poderá configurar a responsabilidade civil e penal, a *posteriori*, de quem (não) cuidou da informação. Porém, intenta-se que não enseja indenização, em biografia, a divulgação de informações verdadeiras, ainda que sejam jocosas ou desabonadoras, bem como não é suscetível de indenização, visões controvertidas, divergentes das do biografado ou herdeiros, vez que amparado pelo direito constitucional à liberdade de expressão e de pensamento.

Em paralelo, não há como executar uma filtragem prévia do grau de relevância do que pode ou não ser publicado a respeito das chamadas "pessoas notórias", bem como das pessoas que poderiam, ou não, ser expostas em obras bibliográficas, pois seria uma forma contundente de censura privada. Nesta linha, o envolvimento de alguém em acontecimentos de importância pública a torna, *per si*, suscetível de menção em historiografia social e, claro está, de versões biográficas dos personagens nucleares dos contextos da história narrada.

Ressalta-se, em ato contínuo, que a democracia envolve muito mais que a mera escolha de representantes por via direta, através do voto, mas principalmente circunscreve um conceito de debates público sobre as questões a serem decididas. As trocas de informações e argumentos dos mais variáveis, nessa esteira, são imprescindíveis para a construção de uma sociedade capaz de discutir seus problemas e pleitear suas demandas. Para tanto, se faz necessária a plenitude do direito à informação e suas liberdades correlatas, como as política, religiosa e filosóficas, para ficar em algumas. Enxerga-se, pois, de forma cristalina, a vinculação entre o processo democrático e o direito à informação, os quais são integrantes do Estado Democrático de Direito, porém funcionam como uma retroalimentação, sem aqueles não existiriam esse e sem esse não se consolida aqueles (NETO, 2008, p. 98-109).

Contudo, a perspectiva que põe o direito à informação e as liberdades de expressão e de manifestação do pensamento como preferenciais não significa dizer que o referido direito fundamental se consubstancia absoluto e acima dos demais. Caso se interprete desse modo, se incorre em um equívoco substancial, uma vez que os direitos fundamentais devem coexistir, bem como o próprio direito à informação também pode sofrer regulação, tal qual defendem alguns doutrinadores pátrios, e conforme há um ano se sancionou a lei de regulação midiática na Inglaterra. Sobre a controvertida questão da regulação em si, pugna-se que a liberdade de imprensa não pode ser um direito absoluto, intocável, pois que nem o direito à vida e a liberdade de ir e vir são intangíveis, não teria, então, o direito à informação essa "blindagem". Assim sendo, é imperioso lembrar que não se trataria

de censura. Enfim, buscar-se-ia uma liberdade de imprensa efetiva e não uma "liberdade de empresa", a qual viola o parágrafo 5° do art. 220[93] da Carta Magna de 1988 - que proíbe a formação de oligopólios dos meios de comunicação (LAVENÈRE, 2014, p. 32), os quais têm a força de dizer o que é ou deixa de ser informação.

Com efeito, vislumbra-se que o direito à informação é inescusável para a construção de uma sociedade livre, igualitária e justa, que busque concretizar o princípio do Pluralismo Jurídico que é preconizado em nossa Constituição, tendo função norteadora e constituindo ligação tênue com a liberdade de expressão. Repisa-se, entretanto, que por ser o principal local de debate da esfera pública se apresenta como necessária a regulação dos meios de comunicação, com intuito de alcançar à promoção do pluralismo, que dificilmente ocorrerá sem atuação do Estado, uma vez que a estrutura oligopolizada da mídia brasileira impede qualquer movimento no sentido de impulsionar o mencionado princípio. Sobretudo, em um dado momento histórico em que a imprensa detém grande poder na sociedade coetânea, cujo exercício ilimitado, sem controle e de forma irracional se deduzirá em uma tirania de particulares (SARMENTO, 2006, p. 291-292).

5. CONCLUSÃO

Entende-se, portanto, que a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), na ADI 4815, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, é acertada, ao passo que procura efetivar o rol de direitos trazidos pelo direito à informação, o que chamamos de Sistema Constitucional de Direito à Informação. Pois, no patamar que a sociedade brasileira atingiu, hodiernamente, pensar em uma solução que impossibilite por completo o exercício de um direito fundamental, qual seja, o direito à informação, que tão caro é ao Estado Democrático de Direito, seria mais do que simples conservadorismo, mas um verdadeiro retrocesso.

Contudo, devemos atentar que por ter havido uma decisão do STF e a questão se encontrar, supostamente, pacificada, não podemos deixar de observar que as decisões do STF, em ADI ou ADC, não vinculam o legislativo, razão pela qual se mostra imprescindível estarmos, diuturnamente, atentos para efetivação da referida decisão judicial. Pois, o legislativo nada mais é do que um reflexo fiel da sociedade, deste modo a sociedade não pode aceitar um movimento retrógrado, através do legislativo, mormente em uma época na qual o Brasil passa por um processo de amadurecimento da sua frágil democracia e, principalmente, estan-

---

93. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Art. 220 da CRFB/88, § 5º.

do políticos de todos os partidos envolvidos em escândalos e ações judiciais, ao passo que uma legislação diversa do atual pensamento do STF, seria uma afronta à democracia brasileira.

Por fim, parece que em determinados casos, não abordados pelo Supremo, uma vez que fizera análise abstrata, deve ser ofertado um juízo prévio, como em casos de ofensas a grupos sociais que representem minoria, conforme a própria Convenção Interamericana de Direitos Humanos prevê. Note-se que não haveria qualquer restrição ao direito à informação, mas dar-se-ia uma oportunidade para, no caso concreto, algum vulnerável exercer seu direito, conforme estatui a Carta Magna, em seu art. 5, inciso XXXV. Situação que seria avaliada pelo juízo segundo os fatos apresentados, utilizando-se dos critérios da proporcionalidade e razoabilidade, todavia sem deixar de fundamentar, consoante exigência do art. 93, inciso IX da CRFB/88.

Destarte, esta seria a única ressalva a ser feita na decisão da Corte Constitucional, a fim de que se observe os direitos das minorias, que são, igualmente, protegidas em uma sociedade que se pretenda democrática, através de sua Constituição, bem como salvaguarda e prestigia o acesso à justiça.

Destarte, o direito à informação seria exercido de forma plena, sem embaraço prévio, podendo o biografado pleitear direito de resposta ou indenização posterior, contudo ressalvados os direitos de vulneráveis ou minorias para que esses possam ter uma tutela diferenciada e preventiva.

Por fim, a solução de ponderação aperfeiçoada, que se sugeriu no trabalho, atende ao maior número de direitos fundamentais envolvidos em disputa, bem como demonstra ser a fórmula que melhor os efetiva. Sem que, para esse intento, tenha que macular ou eliminar algum direito fundamental em detrimento a outro.

REFERÊNCIAS

AIETA, Vânia Siciliano. A garantia da intimidade: como um direito fundamental, 1999. Lumen Juris,

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 14 ed. São Paulo. Editora Malheiros. 2013.

_____________- Estatuto do contribuinte: conteúdo e alcance. Revista Eltrônica de Direito Administrativo (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12, novembro/dezembro/janeiro, 2008. Disponível na internet: http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp, acessado em 01/09/2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Intimidade e Pessoas Notórias. Liberdades de Expressão e de Informação e Biografias. Conflito entre Direitos Fundamentais. Ponderação, Caso Concreto e Acesso à Justiça. Tutelas Específica e Indenizatória*. In: Revista de Direito Público. Ano X – n° 55 – Jan-Fev 2014.

___________- *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). A nova Interpretação Constitucional : ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Renovar. 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª Ed. Saraiva. 2009

___________-*"A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo – A construção de um conceito jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial"*, editora fórum, 2013.

___________- *Colisão entre liberdade de expressão e direito da personalidade. Critérios de Poderação*. Revista de Direito Privado – RDPriv. Ano 05, abril-junho/2004.

___________- *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Saraiva. 4ª Ed. 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo. Malheiros. 2011.

BRITTO, Carlos Ayres. *Revista Tribuna do Advogado*, Ano XLII, novembro 2014, número 543, p.32. Palestra na XXII Conferência Nacional dos Advogados em 2014.

DELGADO, José Augusto. A *liberdade de imprensa e os princípios aplicados ao direito de informação*. Revista de Direito Renovar, n. 34, 2006.

DIDIER, Freddie. Curso de Direito Processual Civil. 15ª Ed. Editora JusPodivm. 2013.

DOTTI, Rene Ariel. *A liberdade e o direito à intimidade*. Revista de Informação Legislativa, n. 66, v, 17, 1980.

FARIAS, Edilsom Perereira de. Liberdade de Expressão e comunicação – Teoria e proteção constitucional. Ed. Revistas dos Tribunais. 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. 8ª edição. Saraiva. 2010

GRANDINETTI, Luis Gustavo. Direito de informação e liberdade de expressão. Renovar. Rio de Janeiro 1999

HORBACH, Beatriz Bastide. Assessora do STF, Constitucionalizar a felicidade é cura ou placebo?, sobre projeto de emenda à Constituição de 1988 que pretende positivar a felicidade como um princípio constitucional. http://www.conjur.com.br/2013-ago-03/observatorio-constitucional-constitucionalizar-felicidade-cura-ou-placebo, acesso em 16 de set. 2014

LAVENÈRE, Marcelo. *Polêmica sobre liberdade de expressão*. Revista Tribuna do Advogado, Ano XLII, novembro 2014.

LIMA, George Marmelstein. Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3222, 27 abr. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21646>. Acesso em: 6 dez. 2014.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: Dicionário de Política. BOBBIO, Norberto (org.). 11ª edição. Editora UnB.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã.* Cadernos de direito tributário e finanças públicas. n. 24, v.6, 1998.

____________- *Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e a imagem*. Cadernos de Direito Tributário e Fnanças Públicas, n. 5, v.2, 1993.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Biografias não autorizadas: conflito entre a liberdade de expressão e a privacidade das pessoas humanas? Civilista.com, Editorial a.2, n.2, 2013. Disponível em: http://civilistica.com/biografias-nao-autorizadas/. Acesso em 01/12/2014.

NETO, Claudio Pereira de Souza. *Os direitos fundamentais como condições para a cooperação na deliberação democrática*. In: Ajuris. n. 110, v. 35, 2008

PAGLIARINI, Alexandre Coutinnho; AGOSTINI, Leonardo Cesar. *A Relação entre Regime Democrático e Direito à Informação*. Direitos Fundamentais e Justiça 8 Jul/Set 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais – Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais da teoria dos princípios*. Renovar. 2006.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Conflitos entre o direito a intimidade e a vida privada e o direito à informação, liberdade de expressão e de comunicação. Possíveis soluções. Utilização indispensável do princípio da proporcionalidade. In: Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n. 74, 2008

SALDANHA, Nelson. *O jardim e a Praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da visa social e histórica.* 1983, jan/ju. Recife.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* 11ª ed. Livraria do advogado. 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2010.

_____________- *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Editora Lumen Juris. 2006

SILVA, Edson Ferreira da. Direito à intimidade. Editora Juarez de Oliveira. 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2014.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações privadas*. AJURIS. n° 100, v.32, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 18ª edição. Rio de Janeiro. Renovar. 2011.

A DISCRICIONARIEDADE INTERPRETATIVA CONSTITUCIONAL DAS SÚMULAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES

Denise de Almeida Guimarães[94]

I – Introdução

O Direito nasce a partir da necessidade de vivermos em sociedade. Sendo, portanto, um produto do fenômeno social universal, as normas de conduta que visam justamente à convivência harmoniosa entre os membros de uma sociedade podem correr o risco de serem "mal" interpretadas e, por via de consequência, "mal" aplicadas, de modo a resultar a ineficiência do ato decisório, em termos da não realização teológica do Direito.

Hodiernamente, a atividade de estabelecer súmulas de jurisprudência uniforme na seara trabalhista tem sido intensa no país, seja pelos Tribunais Regionais do Trabalho, mas principalmente pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST). O TST, em sua composição plena, a partir de decisões reiteradas dos seus órgãos julgadores, poderá aprovar súmulas que, mesmo sem caráter vinculante, servirão para fixar diretrizes sobre o seu posicionamento jurisprudencial predominante em matéria trabalhista, quer para as instâncias inferiores quer para os processos que tramitam naquela Corte.

Ocorre que desde a revogação do art. 902 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) pela Lei nº 7.033/82, que aparentemente vinculava os órgãos inferiores da Justiça do Trabalho à observância dos Prejulgados do TST, muito se questiona sobre o emprego das súmulas no nosso ordenamento jurídico como fonte de direito e se o seu conteúdo, para fins de uniformização jurisprudencial amplia, reduz ou complementa o seu campo de atuação, além do modo

94. Mestranda em Direito Constitucional (PPGDC-UFF). Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Professora universitária. E-mail: dealgui@hotmail.com.

apriorístico judicial. Afinal, o conteúdo das súmulas do TST é um sinalizador importante tanto para os operadores do Direito quanto para os jurisdicionados, pois permite visualizar o raciocínio jurídico e examinar como a mais alta Corte trabalhista está interpretando e aplicando a lei na esfera das relações de trabalho ou quando ultrapassa o caráter meramente declaratório do direito preexistente.

Embora inexista, de fato, uma neutralidade axiológica interpretativa por parte da Justiça do Trabalho, na medida em que o objetivo do processo trabalhista é a aplicação do direito material que se assenta no princípio da proteção, notadamente pelo TST, a interpretação judicial surge em prol da eficácia dos direitos fundamentais que o legislador não concede. Mas, cabe indagar até que ponto essa interpretação inserida em algumas Súmulas do TST não estaria mitigando ou até mesmo coibindo o exercício pleno desses mesmos direitos fundamentais. E, neste caso, se o TST não estaria invadindo ou violando o princípio constitucional da separação ou divisão de poderes consagrado no art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), ou seja, atuando sem a necessária outorga constitucional em termos de competência. Com efeito, "a interpretação sempre implica um certo grau de discricionariedade e escolha e, portanto, de criatividade, um grau que é particularmente elevado em alguns domínios, como a justiça constitucional e a proteção judiciária de direitos sociais e interesses difusos" (CAPPELLETTI, 1999, p. 129).

Assim, este artigo propõe como objeto central de reflexão a investigação dos limites de discricionariedade da jurisprudência trabalhista consolidada nas Súmulas do TST, a partir do exame de alguns de seus Enunciados e sua significação diante do sistema constitucional e da eficácia dos direitos fundamentais trabalhistas e, ainda, procurará fazer uma análise contextual de sua estrutura declaratória/constitutiva de direitos. Na primeira parte, será analisada a interpretação constitucional, a discricionariedade interpretativa e o princípio da separação dos poderes; a seguir, dentro de uma perspectiva crítica, serão examinadas algumas Súmulas do TST e, por fim, teceremos algumas considerações finais a respeito de outras questões relevantes que envolvem a matéria.

II – Interpretação constitucional, discricionariedade e separação de poderes

Temas como direito e moral e interpretação constitucional têm sido debatidos por juristas que se posicionam seja defendendo o uso da moral ou dos princípios na solução de conflitos no caso de lacuna da norma, seja criticando tal

conduta, por entenderem que tais critérios decisórios, além de discricionários, geram insegurança jurídica.

Para BOBBIO (1995, p. 210-213) interpretar é uma atividade complexa que envolve "remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada". Na jurisprudência como atividade interpretativa, encontramos o confronto entre juspositivistas e antipositivistas, que o referido autor resume nos seguintes termos:

> Na realidade, dissensão entre o juspositivismo e os seus adversários começa propriamente quando se trata de precisar a natureza cognoscitiva da jurisprudência. Para o prirneiro, esta consiste numa atividade puramente *declarativa* ou *reprodutiva* de um direito preexistente, isto é, no conhecimento puramente passivo e contemplativo de um objeto já dado: para os segundos, a natureza cognoscitiva consiste numa atividade que é também *criativa* ou *produtiva* de um novo direito, ou seja, no conhecimento *ativo* de um objeto que o próprio sujeito cognoscente contribui para produzir. (BOBBIO, 1995, p. 211) (Grifos originais do autor)

Para o referido autor há uma distinção entre o positivismo jurídico como método para estudo do direito; como teoria do direito e, por último, como ideologia do direito, acepções essas que não traduzem que uma implique na outra.

Neste sentido, BOBBIO (1995) esclarece que:

> Com efeito, a assunção do método positivista não implica também na assunção da teoria juspositivista. A relação de conexão entre o primeiro e a segunda é uma relação puramente histórica, não lógica, pois os primeiros estudiosos que aplicaram o método positivista viveram num contexto histórico-social (a Europa continental do século passado) no qual o direito era produzido exclusivamente pelo Estado, e com base cm tal dado elaboraram a teoria juspositivista. Em outros ambientes, ao contrário (como no mundo anglo-saxónico), à vida jurídica apresenta caracteres diferentes (criação do direito por parte do juiz etc.) e, portanto, a aplicação do método positivista conduz a resultados teóricos diversos: o contraste entre teoria juspositivista e teoria realista direito não se funda numa *diversidade de método,* mas

> na aplicação do mesmo método – o positivista – a *realidades jurídicas diferentes.*
>
> Do mesmo modo, a assunção do método e da teoria juspositivista não implica a assunção da ideologia do positivismo ético. (...) (BOBBIO, 1995, p. 234)

Essas dimensões distintas (teoria, ideologia e método) ajudam a compreensão da interpretação constitucional, pois a problemática reside em saber se há no Direito uma resposta "correta" ou aquela "constitucionalmente adequada", segundo expressão adotada por STRECK (2013, p. 345).

Aliás, a questão fundamental para saber se o julgador quando aplica o direito exerce um ato de conhecimento ou um ato de vontade é vista por KELSEN (2008) como sendo um problema de política do direito.

A esse respeito KELSEN (2008) discorre da seguinte forma:

> A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a "correta"', não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas. (KELSEN, 2008, p. 393)

De acordo com KELSEN (2008, p.394) a interpretação feita pelo órgão aplicador do direito é sempre autêntica. Ainda segundo o referido autor,

> Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação

> do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicada (KELSEN, 2008, p. 394).

KELSEN (2008, p.76) ao criar uma teoria pura do direito, visava separar a moral do direito, embora reconhecesse que ainda que em campos opostos, ambos poderiam coexistir. De forma diferente, DWORKIN (2007, p.120) justifica a norma jurídica pela moral na premissa de que direito e moral pertencem a um mesmo ordenamento.

Porém, dentro do contexto pós-positivista tivemos uma mudança na estrutura do ordenamento jurídico a partir da necessidade de adotarmos uma postura mais pragmática na teoria do direito.

A sociedade precisava de um novo modelo de interpretação que, envolvido por uma discussão de cunho filosófico-político, pudesse melhor resolver os conflitos concretamente. Isso se deu a partir do reconhecimento da normatividade dos princípios (constitucionais), visto que a solução dos conflitos nem sempre se pautava simplesmente por uma mera subsunção de um fato à regra legal. Seria necessário que a apreciação judicial passasse por um processo de filtragem, exigindo do intérprete (julgador) um procedimento de avaliação e escolha interpretativa mais condizente com a Constituição para a realização dos direitos fundamentais nela previstos.

Uma das características do constitucionalismo contemporâneo foi a de reaproximar o direito e a moral. DWORKIN (2007) faz uma leitura moral da Constituição, pela qual se intenta legitimar a decisão judicial a partir da observância de princípios legais, morais e políticos, pois o direito é interpretativo.

O referido autor argumenta que:

> O direito como integridade pede que os juízes admitam na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de

> cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. (DWORKIN, 2007, p. 291)

A discricionariedade interpretativa pelo julgador, segundo HART (2009, p. 356) pode acontecer quando há lacuna legal, ou seja, quando o direito regulamentou de forma incompleta e para os casos difíceis (*hard cases*) para os quais não existe situação jurídica conhecida, ou direito claramente estabelecido.

O referido autor coloca a questão da seguinte forma:

> O conflito direto mais contundente entre a teoria do direito exposta neste livro e a de Dworkin emana da minha afirmação de que sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados aos poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham, mas terá de exercer discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente. Assim, nesses casos não regulamentados juridicamente, o juiz ao mesmo tempo cria direito novo e aplica o direito estabelecido, o qual simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe esse poder. (HART, 2009, p. 351)

DWORKIN (2002, p. 49-50) se manifesta contrariamente ao entendimento de positivistas como HART (2009) que entende que o juiz deve exercer seu poder discricionário para decidir um caso não amparado por uma regra clara “mediante a criação de um novo item de legislação”.

“Poder discricionário” de acordo com DWORKIN (2002, p. 50-55) pode ser compreendido de três formas: em um sentido fraco “apenas para dizer que, por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar”; em outro sentido fraco que seria a situação em que a decisão de uma autoridade é tomada em última instância, sendo que esta não pode ser revista por nenhuma outra autoridade e, por último, em um sentido forte, que é contestado pelo re-

ferido autor em relação aos positivistas, que é quando o juiz não se vincula por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei.

Esclarece DWORKIN (2002):

> Às vezes usamos «poder discricionário» não apenas para dizer que um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões que foram estabelecidos para ele pela autoridade ou para afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo, mas para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão. (DWORKIN, 2002, p. 52)

HART (2009), no entanto, refuta a ideia de uma discricionariedade sem quaisquer limites para o julgador criar o direito, senão vejamos:

> É importante observar que o poder de criar o direito que atribuo aos juízes para habilitá-los a regulamentar os casos que o direito deixa parcialmente não regulamentados, é diferente daquele de um poder legislativo: não só os poderes do juiz estão sujeitos a muitas limitações *que restringem sua escolha*, limitações das quais o poder legislativo pode ser totalmente isento, mas também, como são exercidos apenas para decidir casos específicos, o juiz não pode utilizá-los para introduzir reformas amplas ou novos códigos legais. Assim, seus poderes são *intersticiais*, além de sujeitos a muitas restrições substantivas. Não obstante, haverá aspectos sobre os quais o direito existente não aponta nenhuma decisão como correta; e, para julgar essas causas, o juiz tem de exercer seu poder de criar o direito. Mas não deve fazê-lo arbitrariamente: isto é, deve ser sempre capaz de justificar sua decisão mediante algumas razões gerais, e deve atuar como faria um legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções e valores. Mas, desde que satisfaça a essas condições, o juiz tem o direito de seguir padrões ou razões que não lhe são impostos pela lei e podem diferir dos utilizados por outros juízes diante de casos difíceis semelhantes. (HART, 2009, p. 352) (grifos originais do autor)

Enquanto que para HART não há respostas certas para todos os casos, DWORKIN entenderá que há respostas corretas nos *hard cases* a ser dadas por

um “Juiz Hércules” que utilizará o ordenamento jurídico, composto por princípios (mandados de otimização) e regras (mandados definitivos), como fundamentação para a solução jurídica.

Outro argumento utilizado a desfavor da discricionariedade é quanto à separação de poderes, sob a ideia também de haver um déficit de legitimação democrática dos juízes que não são eleitos. Porém, já não se concebe um juiz sendo meramente a “Boca da Lei” (Montesquieu, O Espírito das Leis), tendo SARMENTO (2008) se pronunciado no mesmo sentido ao asseverar que:

> No neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos. E ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência. (SARMENTO, 2008)

Desta forma, a separação de poderes desenvolvida por Montesquieu e o sistema de freios e contrapesos devem ser concebidos de forma dinâmica, e não como sinônimo de invasão de poder.

III – A interpretação constitucional e as Súmulas do TST

A incapacidade regulatória do Estado em vários temas trabalhistas de alta relevância social fez com que o TST, diante de casos concretos (*hard cases*), editasse enunciados interpretativos não apenas para orientação dos operadores do Direito, mas sim em cumprimento aos ditames constitucionais quanto à eficácia de direitos fundamentais.

ALEXY (2005, p. 266) entende que “com a garantia da estabilidade, o uso do precedente traz também uma contribuição à segurança jurídica e à proteção da confiança na aplicação do Direito.”

Também não se pode olvidar que os enunciados afetam os direitos das pessoas instrumentalizados, inclusive, pelo direito de recorrer (artigos 896, alínea "a", §§ 6°, 7°, 9°; 894, inciso II e § 2°, § 3°, inciso I da CLT).

Os recursos são voluntários, possuem função pública e trazem em si os interesses privados das partes envolvidas. E é justamente em razão das súmulas se basearem na prevalência de uma interpretação qualificada sobre cada tese trabalhista controvertida a ser aplicada no caso concreto, que o TST culmina por atuar na preservação do princípio da igualdade de todos perante a lei (art. 5°, *caput* CRFB), na medida em que aquela jurisprudência servirá de vetor para todos os casos análogos àquele, afastando o perigo das decisões contraditórias e dinamizando a prestação jurisdicional (art.5°, LXXVIII da CRFB), sendo, portanto, importantes para a evolução e atualização do Direito do Trabalho.

Em alguns casos, a interpretação contida em algumas súmulas do TST terminou sendo absorvida pela legislação.[95] Isso significa que ao longo de algum tempo o entendimento prevalecente no TST foi aquele sumulado, acatado por todos como se fosse "norma", apesar da ausência de uma sanção específica àquele que não atendesse ao "comando" contido no referido enunciado. Assim, supõe-se que a função da jurisprudência na interpretação uniforme (tal qual a expressa em súmulas) é fonte de direito, ainda que não seja formal.

REALE (1991) argumenta que:

> Se uma regra é, no fundo, a sua interpretação. Isto é, aquilo que se diz ser o seu significado, não há como negar à Jurisprudência a categoria de fonte de Direito, visto como ao juiz é dado armar de obrigatoriedade aquilo que declara ser "de direito" no caso concreto. O magistrado, em suma, interpreta a norma legal situada "numa estrutura de poder", que lhe confere competência para converter em sentença, que é uma norma particular, o seu entendimento da lei. (REALE, 1991, p.169)

O primeiro exemplo a ser estudado é a Súmula 443 do TST, que estabelece a presunção favorável de dispensa discriminatória do empregado soropositivo

95. É o caso, por exemplo, da Súmula 94 do TST editada em 1980 (e cancelada em 2003), cujo teor foi adotado ipsis litteris no parágrafo 5º do art. 487 da CLT, em 2001, através da Lei nº 10.218. Súmula nº 94 do TST. HORAS EXTRAS (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O valor das horas extraordinárias habituais integra o aviso prévio indenizado. Histórico: Redação original - RA 43/1980, DJ 15.05.1980 - Republicada Res. 80/1980, DJ 04.07.1980.

(HIV) ou "portador" de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito, havendo, portanto, o direito do trabalhador ser reintegrado ao emprego.[96]

O TST valendo-se da prerrogativa do artigo 8º da CLT firmou o seu entendimento com fundamento na prevalência dos princípios constitucionais do direito à vida e ao trabalho, da dignidade da pessoa humana e da não discriminação do trabalhador (artigos 5º, caput e inciso XLI; 1º, inciso III; 3º, inciso IV; 7º, inciso I; 170; 193 da CRFB).

A premissa comum nos precedentes julgados foi a de que o empregador teve ciência do estado de saúde do trabalhador "portador" de doença grave ou de que não restou comprovado que o ato de dispensa tivesse outra motivação (lícita), razão pela qual o exercício imotivado do direito potestativo da dispensa em tais casos, faz presumir a discriminação e a arbitrariedade.

O lado patronal sustenta que o TST atuou como verdadeiro legislador positivo, que violou os princípios constitucionais de igual relevância como os da livre iniciativa, da separação dos poderes e da legalidade (artigos 1º, inciso IV; 2º; 5º, inciso II da CRFB), além de interferir na liberdade das relações contratuais firmadas sob o elemento da boa-fé (art. 444 CLT), pois os precedentes julgados reconhecem a ausência de texto legal que assegure expressamente aquela espécie de "garantia de emprego" naquelas condições.

É argumentado também que a interpretação da Súmula 443 do TST conteria um "tipo aberto", haja vista que em todos os precedentes que deram origem ao enunciado, a exceção de dois casos, o empregado era portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, não havendo determinação alguma quanto ao conceito jurídico inserido no referido enunciado de "outra doença grave que suscite estigma ou preconceito", para o fim de assegurar ao trabalhador, em idênticas condições, a vedação à dispensa por presunção de prática discriminatória.[97] Em outras palavras, ficaria a cargo da discricionariedade de cada julgador a definição do que se entende por "outra doença grave que suscite estigma ou preconceito".

Releva observar, entretanto, que caso a interpretação da Súmula 443 do TST fosse outra, ou simplesmente não existisse, o "trabalhador com doença grave ou que suscite estigma" estaria em verdadeiro desamparo a mercê do rompimento

---

96. Súmula nº 443 do TST. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

97. Os outros dois processos (TST-RR-221500-10.2008.5.02.0057 e TST-RR-171300-82.2005.5.02.0031) referem-se ao Câncer como doença grave.

laboral ao puro alvedrio do empregador, tornando-se "letra morta" a eficácia máxima dos direitos fundamentais e, por via de consequência, desprezando o princípio de aplicação direta das normas constitucionais (art. 5º, § 1º da CRFB).

Outro exemplo é a Súmula 444 do TST, cuja interpretação considera válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso ("jornada 12 x 36"), prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho, com a especificação de que o empregado não tem direito ao pagamento do adicional de horas trabalhadas em relação ao trabalho prestado na décima-primeira e décima-segunda horas.[98]

De acordo com a interpretação perfilhada no referido enunciado, na jornada "12 x 36", o trabalhador altera o labor em três dias em uma semana (o que totaliza 36 horas semanais) e na outra, quatro dias (cujo labor corresponde 48 horas semanais), mas que resultará em média 42 horas semanais. Portanto, tal jornada estaria dentro do limite semanal das 44 horas previsto no artigo 7º, inciso XIII, da CRFB.

Entretanto, a referida norma constitucional estabelece como direito trabalhista mínimo, visando a melhor condição social dos trabalhadores, o limite de jornada diária de 8 horas e a semanal em 44 horas, facultada a compensação de horários e a redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Isso quer dizer que o acordo de compensação que prevê o limite das 44 horas semanais possibilita o excesso de horas de trabalho de um dia pela correspondente diminuição em outro(s) dias(s), desde que não seja ultrapassado o limite de 10 horas diárias, em razão da delimitação de prorrogação em apenas duas horas diárias, conforme estatui o art. 58, § 2º da CLT.

É certo que a CRFB reconhece os instrumentos coletivos de trabalhos (art. 7º, inciso XXVI), autorizando, inclusive, a flexibilização de condições de trabalho por essa via autocompositiva (art.7º, incisos VI, XIII e XIV), mas não a desregulamentação do Direito do Trabalho.

A interpretação do TST, neste caso, não ampara a proteção mínima consagrada no *caput* do art. 7º da CRFB, pois possibilita a majoração do limite diário constitucional além do limite legal de duas horas diárias por dia trabalhado. O trabalho contínuo de doze horas diárias (ainda que em três ou quatro dias na semana) é extenuante para várias atividades realizadas em locais insalubres ou em

98. Súmula nº 444 do TST. JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 - republicada em decorrência do despacho proferido no processo TST-PA-504.280/2012.2 - DEJT divulgado em 26.11.2012. É valida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima-primeira e décima-segunda horas.

horário noturno ou que exijam um maior esforço físico, mental ou psicológico do trabalhador e não poderia simplesmente depender da força negocial do Sindicato da categoria profissional, muitas vezes enfraquecido em seu poder de barganha, notadamente em períodos de crise econômica.

IV – Considerações finais

Essa exposição é apenas um recorte e não esgota o tema. A questão quanto aos limites à discricionariedade interpretativa das Súmulas do TST existe e traz reflexos às relações trabalhistas ainda não judicializadas. Ainda se procura o modo mais racional de lidar com a discricionariedade do conteúdo interpetativo das Súmulas do TST.

Por isso é indispensável que haja um método racional para alcançar o melhor sentido do Direito pelo intérprete qualificado (no caso, o Poder Judiciário), a fim de dar eficácia aos direitos fundamentais e, dessa forma, ser construída a "norma" para os casos concretos difíceis (*hard cases*), dentro de uma interpretação efetivamente criativa. Entretanto, nesse processo deve haver a cautela necessária para não estabelecer uma interpretação "padrão" com caráter demasiadamente genérico, como se o Judiciário estivesse "estabelecendo o Direito" para todo e qualquer caso concreto, sob pena de subverter a um só tempo o campo da interpretação, como que colocando "a interpretação" no próprio espaço do texto legal a ser interpretado e assim, violar o princípio constitucional da separação de poderes.

Trata-se de um desafio para a doutrina especializada não só conhecer os limites, mas conhecê-los também para melhor alicerçar algum mecanismo de controle ou contenção da discricionariedade exacerbada.

Por último, percebe-se que outra problemática envolvendo o tema estaria em saber se as interpretações contidas nos exemplos jurisprudenciais trazidos à baila, os quais, dependendo do ponto de vista, ampliaram ou mitigaram a proteção legal dos direitos sociais trabalhistas, variaram de acordo com as conjunturas políticas e econômicas do país, o que leva a outro fator a ser considerado que é a judicialização da política e das relações sociais, que podem ditar o conteúdo da interpretação das Súmulas do TST. De forma geral, verifica-se que o enunciado interpretativo de algumas Súmulas do TST modifica as relações trabalhistas inseridas dentro de uma dinâmica socioeconômica. Em períodos de crise econômica, mais restritiva é a interpretação do TST e em períodos de maior estabilidade há mais liberalidade.[99] Mas sabe-se que, atualmente, nem sempre isso ocorre e os

99. Conforme CARDOSO, Adalberto; LAGE, Telma, Desenho legal e desempenho real: Brasil, p. 183.

direitos fundamentais trabalhistas não podem ficar a mercê de eventuais crises econômicas que ocorrem no mundo moderno para serem efetivados.

V – Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_______. *Teoria da argumentação jurídica.* Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Hermenêutica e interpretação constitucional.* São Paulo: Celso Bastos, 1997.

_______. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, vol. 12, nº 96, Fev./Mai 2010. Disponível em: https://www4.planalto.gov.br/revista-juridica/vol-12-n-96-fev-mai-2010/menu-vertical/artigos/artigos.2010-06-09.1628631230/?searchterm=Barroso. Acesso em 08/08/2016.

BOBBIO, Norberto. *Positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 997.

CARDOSO, Adalberto; LAGE, Telma. *Desenho legal e desempenho real: Brasil. In: Instituições trabalhistas na América Latina: Desenho legal e desempenho real*. Adalberto Cardoso [et al.]; Graciela Bensusán, org. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_______. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_______. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Henrique Garbellini Carnio (Col.). *Teoria da Ciência Jurídica*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

_______. *Notas para uma teoria hermenêutica-jurídica.* UNOPAR científica: ciências jurídicas e empresariais, Londrina, v.7, n. 1, p. 23-29, mar. 2006. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/18241/2/Notas_para_uma_teoria.pdf. Acesso em: 02/09/2016.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

SARMENTO, DANIEL. ***O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.*** **In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT, 2008.**

STRECK, Lenio. *Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy*. Revista Direito e Práxis. Vol. 4, nº 7, 2013, pp.343-667.
Sítios eletrônicos:
http://www.tst.jus.br/sumulas. Acesso em 24/09/2016.

A EXPOSIÇÃO DE INTIMIDADE NÃO CONSENTIDA DA MULHER NA INTERNET: ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA.

Ivana Bastos De Abreu

INTRODUÇÃO

Com o fenômeno da globalização, o ciberespaço está cada vez mais presente no cotidiano e nas relações humanas (GANDRA, 2014). Todavia, a internet brasileira, permaneceu um bom período sem um marco regulatório.

Embora recentemente tenha ocorrido o Marco Civil que prevê algumas regras de utilização e convivência e haja a criminalização de determinadas condutas perpetradas através do ambiente virtual, os crimes contra a honra praticados neste ambiente pendem de regulamentação. Nesse sentido, a violência de gênero, que é praticada contra a mulher, encontra na internet a sua generalização.

Neste estudo examinaremos a aplicação da Lei 11.340/06 à conduta de exposição de intimidade sem o consentimento da mulher na internet diante da ausência de tipo penal especial, utilizando-se como hipótese preliminar que a conduta de exposição e divulgação de mídias capturadas no momento da intimidade e publicadas na internet não possuem a devida tutela, diante da inexistência do tipo penal e ante a não aprovação ainda das PLC 5.555/13 e PLC 6.630/13.

Inicialmente, abordaremos as minorias e os grupos vulneráveis de forma a analisarmos se a mulher é um indivíduo que está inserido nestes grupos em situação de vulnerabilidade, passando-se, posteriormente, a tratar da violência contra a mulher sob o prisma da Lei 11.340/06, de forma a delimitar as condutas que estão protegidas e se a chamada "pornografia de vingança" está sendo tutelada.

Finalmente, defenderemos a necessidade da tutela penal específica para a conduta de pornografia de vingança, através da análise dos projetos referentes ao tema. São eles o PLC 5.555/13 e o PLC. 6.630/13, bem como o cabimento da aplicação da Lei 11.340/06 para as condutas de exposição de intimidade na

internet enquanto não existir este tipo penal específico, pois além da norma ser mais protetiva em relação à mulher que o código Penal, a exposição decorre tão somente da própria relação de afeto.

1. A proteção das minorias e grupos vulneráveis pela ordem jurídica

Na busca por uma política onde as minorias e os grupos vulneráveis tenham uma participação efetiva e sejam respeitados, independente das características que os distinguem dos demais, vemos uma crescente conscientização da necessidade de proteção e respeito dos direitos coletivos e difusos e nesse movimento vem surgindo um fenômeno de processo de "microdesvitimização", que privilegia as análises das situações específicas e individualizadas, adotando ações afirmativas em prol dessas minorias e desses grupos vulneráveis. Trata-se de rasgar o véu da dissimulação, evitando que as relações de forças intervenham na imparcialidade constitutiva da justiça, objetivando "preservar a equidade na escolha dos princípios e não fazer com que intervenham as contingências naturais e sociais" (SEGUIN, 2002, p. 25). Para que ao menos, para essa parcela da população, a democracia deixe de ser a ditadura da maioria.

Acompanhando toda essa exposição, indagou-se que tipo de igualdade é essa, que foi percebida quando se buscava pelo conceito de minoria, pois se todos realmente fossem iguais, não estariam evidenciando a necessidade de preservação da pluralidade fincada na encantadora multiformidade da espécie humana, consegue-se entender que essa igualdade é o fundamento que repousa no Princípio da não Discriminação. (SEGUIN, 2002, p. 29)

A igualdade encontra-se no mesmo patamar constitucional da liberdade individual (art. 5º), e ainda, que no direito de igualdade está incluído o direito de ser diferente de todo o modelo preestabelecido unilateralmente pela parcela dita maior (SEGUIN, 2002, p.31).

A dignidade de cada ser humano consiste em sua própria essência, atribuindo-lhe um valor ético superior a todas as demais coisas, simplesmente por ser o que é: pessoa humana (COMPARATO, 2010, p.32). Na trilha desse entendimento, tem-se uma preciosa declaração de Simone de Beauvoir, que afirmou que pelo simples fato de sermos seres humanos, isso, por si só, já é infinitamente mais importante que qualquer das peculiaridades que nos distinguem uns dos outros (ALTOÉ, 2004, p. 157).

Considerando que as parcelas sociais são formadas por indivíduos únicos e que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana já ressaltou que o ser humano é o fim em si mesmo, nunca é demais lembrar que cada indivíduo inserido dentro de uma minoria ou grupo é um sujeito de direitos, numa dimensão ainda maior que aquela determinada aos sujeitos abstratos ou genéricos analisados quando agrupados em classes, o indivíduo em si é o sujeito de direito concreto (PIOVESAN, L., PIOVESAN, F., SATO, 2014, p.313).

Os direitos específicos e direcionados aos sujeitos concretos formam uma gama de garantias especiais endereçadas à proteção das pessoas que estão em situação de minorias e vulnerabilidade, buscando reparar essas necessidades específicas.

Nesse contexto, precisam ser discutidos os aspectos da discriminação, vez que esta é uma prática completamente direcionada ao contexto das minorias, que oprime os desiguais. Na medida em que são combatidas as práticas discriminatórias, implementam-se as políticas de inclusão que são essenciais ao direito de igualdade (PIOVESAN, L., PIOVESAN, F., SATO, 2014, p.317).

Uma definição na qual discriminação se contrapõe ao direito fundamental, é que a discriminação é uma diferenciação injusta ou ilegítima porque vai contra um princípio fundamental de justiça segundo o qual todos devem ser tratados de modo igual. A discriminação passa por algumas etapas, iniciando na percepção das diferenças entre os homens ou grupos. Esse juízo perceptivo por si só, não seria reprovável, já que se trata da simples constatação das singularidades presentes em cada um. Todavia quando essa constatação começa a emitir um preceito de valor, no intuito de desqualificar o diferente, eis que surge a discriminação (COELHO, 2014, p. 144).

Entendendo a necessidade de direcionar essa proteção no sentido de erradicar a discriminação contra o gênero feminino, que é a personagem principal da nossa pesquisa, a *Convenção Sobre A Eliminação De Todas As Formas De Discriminação Contra A Mulher*, acrescentou o elemento sexo com o intuito de adotar uma definição ainda mais específica em prol da proteção das mulheres, estabelecendo que a prática de discriminação fosse caracterizada por toda a distinção, exclusão, restrição baseada no sexo e que tenha como objeto prejudicar ou anular reconhecimento, gozo, exercício pela mulher independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos políticos, econômicos, sociais e civis, ou em qualquer outro campo. (PIOVESAN, F., PIOVESAN, L., SATO:2014, p. 313)

Tentando diminuir essa situação de divisão social, ao ratificar essa Convenção a legislação pátria passou a se comprometer a adotar medidas para coibir práticas discriminatórias, utilizando-se de mecanismos repressivos, onde uma das metas era criminalizar a discriminação negativa, consolidando tanto no Direito Internacional quanto no Direito Brasileiro, o valor do Princípio da Igualdade, como sendo o sentimento de respeito tanto às diferenças quanto às diversidades (PIOVESAN, F., PIOVESAN, L., SATO:2014, p. 315).

O conceito do Princípio da Igualdade revela duas vertentes para o termo igualdade, que são a igualdade formal e igualdade material ou também conhecida como igualdade substancial, sabendo que o legislador não pode criar leis desiguais, apenas quando a presença dessa desigualdade se faz necessária, passa-se a propor uma análise do Princípio da Igualdade sobre essas duas vertentes, da igualdade formal, que trata os iguais de forma igual e da igualdade material que trata os desiguais de forma desigual (GOMES, MAZZUOLI, 2010, p. 187).

A igualdade formal é aquela que está limitada a letra fria da lei e determina que todos sejam considerados iguais, recebendo os mesmos tratamentos diante das normas, e nessa aparente rigidez pode se agredir ainda mais esses indivíduos, mas cabe destacar que tão somente o fato de abrir a possibilidade do diálogo e propor tratamento para o tema igualdade foi por si só um avanço para aquele momento.

Ocorre que o tema igualdade também gera muita discussão e polêmica, vezes que alguns não conseguem conceber a ideia da aplicação material da isonomia como exercício de distribuição de igualdade, e nesse discurso pode-se encontrar aqueles que defendem que essa aplicação material da igualdade acentua ainda mais a desigualdade.

Todavia o discurso mais usual é aquele que reconhece a distinção trazida pela lei e que deve ser considerada como discriminação positiva, pela concepção valorativa, visando a alcançar a aplicação da lei, estabelecendo a proteção do indivíduo que é sujeito de direito concreto, guardando relação entre suas características e os fatores que necessitam ser tutelados, havendo importante correlação entre a justificativa desta forma de aplicação da discriminação, lastreada pela razoabilidade necessária, como por exemplo, não se poderia considerar discriminação um edital de concurso que exija de seus candidatos o requisito do sexo feminino para o cargo de agente penitenciário de presídio feminino, essa seria uma forma de discriminação legal e positiva adotada em prol da razoabilidade necessária à adequação da dignidade da pessoa humana daquelas pessoas envolvidas (GOMES, MAZZUOLI, 2010, p. 188).

Entretanto, não basta somente combater a discriminação, para conseguir oferecer inclusão social aos discriminados e ser suficiente para tirar os grupos vulneráveis e as minorias da condição de segregação social. É preciso promover as ações afirmativas como instrumento da inclusão social, enquanto políticas compensatórias adotadas para amenizar as condições impostas por um histórico de desrespeito e desigualdades. Por meio das ações afirmativas a igualdade ultrapassa o estado formal alcançando seus objetivos materiais. São medidas que vão além do significado de compensação ao passado discriminatório, mas também pelo prisma prospectivo, no sentido de apresentarem alto grau de potencialidade para uma transformação social que inclua a todos. (PIOVESAN, F., PIOVESAN, L., SATO:2014, p. 318)

2. A Violência contra a Mulher e a Os Direitos Humanos-Fundamentais

A violência contra a mulher é uma prática baseada no gênero, e esse conceito foi formado através de valores sociais e culturais, que definiram os papéis, comportamentos e deveres, sendo o reflexo de uma construção social que cavou suas raízes no modelo machista patriarcal, da herança da colonização europeia que extrapolaram para além dos limites da família (VASSAL, 2012, p. 105).

Pode-se dizer que o controle masculino se iniciou com a utilização da força bruta, porém com o passar dos tempos acabou por trazer métodos mais sofisticados de manter esse controle e dominação agregando a influência obtida pelos costumes, pela religião, filosofia, pelas leis, pela ciência, e até pela política (SILVA, 2012, p. 54). Tudo em conjunto, cooperando para a construção de uma ideologia que induz os pensamentos a construírem a falsa ideia que as mulheres menos valham e consequentemente menos mereçam.

Com um histórico que desfavoreceu o gênero feminino nas áreas sociais, políticas, profissionais, havia todo um interesse em se manter a submissão feminina como estava, e nesse contexto, a lei acabava por servir como instrumento que favorecia essa submissão. Essa forma diferenciada de perceber o masculino do feminino refletiu-se na educação e serviu para acentuar as ações concretas da formação dessa relação social. Com efeito, a tudo isso, o aspecto jurídico, por muito tempo, refletiu essa realidade, haja vista que até o Direito era feito pelos homens, já que eram eles que detinham com exclusividade as relações públicas, enquanto as mulheres se atinham à esfera privada e, mesmo no interior desse espaço reduzido, permaneciam submissas aos seus varões. (CARVALHO, E., RIBEIRO, 2008, p. 160)

Apesar deste histórico de subalternização, as revoluções e as guerras deram às mulheres a oportunidade de conseguir desempenhar papéis de suma importância, passando a ocupar os postos de trabalhos que antes eram exclusivos aos homens, e com isso a contribuir com o sustento doméstico, sendo essa a transição do tempo em que estavam restritas aos espaços privados e passaram a conhecer o ambiente público, por conseguinte, ofereceram resistência, com movimentos feministas reagindo contra as convenções da época. (SILVEIRA, 2011, p. 4)

Aqui insurgiram os movimentos feministas, como causa social, confrontando com todo o sistema machista patriarcal que detinha o comando social até aquele momento, trazendo um novo sentido ao termo gênero, passando a adotar um novo significado, que desde então, começou afirmar: que gênero é um conjunto de propriedades comuns que caracterizam um determinado grupo social ou classe de seres ou de objetos, quando esse significado é aplicado nas questões que envolvem homens e mulheres, a definição que se adota, afirma que o gênero masculino caracteriza os homens como um conjunto de seres com determinadas características que diante do gênero feminino estaria em confronto com um conjunto de seres com outras determinadas características (SILVEIRA, 2011, p. 4).

A Convenção de Belém do Pará trouxe como definição de violência doméstica contra a mulher, sendo aquela que tenha ocorrido dentro da família ou da unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal em que o agressor conviva ou haja convivido no mesmo domicílio da sua vítima, e esta prática pode ser perpetrada na comunidade local, de trabalho, estabelecimentos educacionais de saúde ou qualquer outro lugar, sendo de alguma forma tolerada pelo Estado ou seus agentes onde quer que ocorra (SILVA, 2014, p. 56).

A violência doméstica se faz presente na relação intrafamiliar e segundo a Organização Mundial de Saúde essa é a prática de violência que mais ocorre contra a mulher, sendo agravada pelo fator de ocorrência dentro do lar e próximo aos familiares, além do agressor ser, na grande maioria das vezes, o companheiro, atual ou ex (DIAS, 2012, p. 25), gerando insegurança quanto à integridade física, moral e patrimonial no ambiente familiar. Seu combate é um dos requisitos essenciais ao desenvolvimento da concretização do Princípio Da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana (GOMES, 2012, p. 90).

No nosso País a estatística apresentada acima é idêntica, pois aqui também a violência doméstica não foge à regra da Organização Mundial de Saúde, demonstrando ser a forma mais comum de violência de gênero (VASSAL, 2012, p. 106).

Entoando o coro dessa triste constatação, encontram-se presente os ditos populares que incentivam essa prática, entre eles um dos mais antigos ditados afirma que *"em briga de marido e mulher, ninguém deve meter a colher!".* São orações construídas com poucas palavras, mas que carregam todo o peso de quão antigas são as justificativas para a violência doméstica de gênero, além da omissão e conivência de todos por parte da sociedade e do Estado, com seus Intérpretes dos Princípios e Operadores do Direito. São esses e outros tipos de ditados populares que refletem um problema histórico e que acabam por perpetuar essa ideologia enganosa e equivocada de que a mulher é um indivíduo de segundo escalão, que pode sofrer violência e que gosta de apanhar de seu homem (DIAS, 2012, p. 18), demonstrando com isso um histórico marcado pela desigualdade e a submissão, que são impostos a elas sustentando a intolerância nas relações masculinas e femininas (CARVALHO, E., RIBEIRO, 2008).

Violar a igualdade proporcionando a discriminação tem demonstrado que respeitar os direitos mais básicos da vida depende de uma atitude firme, que está em reconhecer que todos os seres humanos nascem metafisicamente iguais, quando se pensa e se concretiza o direito isso deve ser feito, levando em conta que homens e mulheres não são diferentes. (ALTOÉ, 2009, p. 160)

Se a própria sociedade é tolerante com tal prática, deduz-se então que a violência de gênero e a violência doméstica não podem ser consideradas uma responsabilidade exclusiva do agressor, tendo em vista que é através dessa conivência que continua a se propagar essa relação de dominantes e dominadas. (DIAS, 2012, p. 18)

As consequências deixadas pela violência contra a mulher são tão gravosas que não podem ser vistas apenas como parte da intimidade familiar, ou como um código de comunicação na relação entre seus envolvidos, pois tal conduta confronta diretamente com tudo que já foi apregoado pelos direitos humanos, além de gerar um imenso prejuízo, inclusive financeiro, pelas proporções desta prática que afetam diretamente a saúde pública no nosso país, e suas sequelas comumente são encontradas presentes na saúde física, mental, reprodutiva, psicológica e sexual dessas vítimas, tendo inclusive pesquisas que apontam que a violência doméstica produz para as mulheres quase tantos óbitos quanto o câncer de mama. (TRETTEL, 2012, p. 144)

Outro fator importante está no fato dos efeitos da violência não afetarem somente quem sofreu a lesão de forma direta, alcançando todas as outras pessoas que estão próximas, principalmente seus familiares. Dentro desse núcleo,

os que estão mais vulneráveis aos efeitos indiretos da violência doméstica são os filhos. (TRETTEL, 2012, p.144)

Constata-se que a violência contra a mulher acontece com tanta frequência que essa recorrência acaba por torná-la algo comum e tolerável para a sociedade, demonstrando certa ineficácia nas tentativas jurídicas em erradicá-la por completo, ocasionando o surgimento de novos casos a cada dia (CARVALHO, E., RIBEIRO, 2008).

Por outro lado, percebe-se também que nem todos os casos são levados ao conhecimento das autoridades judiciais, e alguns dos motivos desse silêncio encontra sua principal raiz no elo de afeto que essa mulher, vítima de violência doméstica, tem com o seu agressor, fora outros fatores tão relevantes quanto, como a vergonha em assumir que foi agredida, a dependência econômica e financeira, o sentimento de impunidade, tendo até entre essas vítimas quem, em seu íntimo, se acha merecedora de tais castigos e por fim, as que alimentam a esperança que as atitudes agressivas do companheiro possam mudar. (DIAS, 2012, p. 18)

São várias as práticas de violência comum ao universo feminino, convivendo com agressões de ordem física, moral, psicológica, assédio sexual e moral, espancamentos, estupros, tráfico humano para fins de exploração sexual, feminicídio (CUNHA, 1989, p. 129) e a violência gestual, que é quando o homem por mímica simula agredir, mas não chega a deferir-lhe o golpe e concluir o ato, todavia, esse gesto, tem o poder de intimidar de tal forma, que já deveria ser considerado como se a vítima tivesse recebido a agressão, já que esse gesto aumenta a constatação de ser subjugada pela situação física e por todas as outras formas de agressão que vivenciam rotineiramente. (TRETTEL, 2012, p. 145)

Dos tipos de violência, pode-se dizer que são os mais variados, e que nem todos encontram amparo no código penal, pois o Diploma Repressivo recebeu como comando o Princípio da Taxatividade Penal, que determina que as condutas devem ser bem descritas, ordenando que a Lei Penal descreva o crime com conteúdo capaz de determinar com a máxima precisão de seus elementos.

Com o fomento da tecnologia virtual e o surgimento do ciberespaço, pode-se perceber uma mutação na forma de agressão contra a mulher, que acompanhou a tecnologia submetendo a mulher. Se antes as ofensas e castigos físicos estavam basicamente limitados ao espaço domiciliar, onde ficou constatado que a residência conjugal era o ambiente mais inóspito, por ser nele que a mulher estaria mais exposta a violência, o advento das redes sociais, trouxe um ambiente ainda mais devastador devido a rapidez que a informação alcança. A exposição da intimidade da mulher de forma sexual utilizando a internet com o intuito

de divulgar conteúdo registrado nas relações de afeto, onde a confiança e a fidelidade norteiam essas relações, que se permite registrar cenas intimas para entrega-las ao parceiro como forma de carinho e demonstração de afeto. Com o termino dessa relação, o que antes era demonstração de afeto, ora passa a ser objeto de vingança já que a divulgação do registro íntimo, se dá com intuito de difamar, humilhar e mortificar a moral de quem foi exposta. Este é o conflito social que mais clama por amparo normativo, pois se por um lado a sociedade anseia pelo progresso tecnológico tornando uma pratica habitual em divulgar sua vida e tomar conhecimento da vida dos outros através da internet, essa exposição consentida necessita de dispositivos legais que venham inibir práticas que atentem contra garantias e liberdades fundamentais consagradas na Carta Magna conforme análise aprofundada neste trabalho. A internet é um ambiente abstrato, porém qualquer conduta que viole direitos protegidos no ordenamento jurídico brasileiro merece respaldo legal e objetivo (PITTA, NISHIMORI, 2015).

3. Os Projetos de Leis.

Com o crescente surgimento de casos de exposição de intimidade obtidas nas relações afetivas e de intimidades sexuais sem o consentimento da mulher, numa prática que acabou por se tornar um fenômeno criminológico no ambiente virtual com efeitos devastadores, tendo exemplos de mulheres que tiveram as suas vidas reviradas após passarem por essa exposição e violência, começaram timidamente a surgir alguns projetos de leis que visam o oferecimento de uma tutela penal mais especifica voltada a estes casos.

O Deputado Federal João Arruda apresentou uma proposta de alteração da Lei 11.340/06, através do PLC 5.555/13 que propõe a alteração do artigo 3º assegurando às mulheres condições para o exercício efetivo do direito à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à comunicação, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

A PLC 5.555/13 segue sugerindo, a alteração do art. 7º, incluindo no inciso VI a previsão da violação da sua intimidade, sendo entendida como a divulgação por meio da Internet, ou de qualquer outro meio de propagação da informação, sem o seu expresso consentimento, de imagens, informações, dados pessoais, vídeos, áudios, montagens ou fotocomposições da mulher, obtidos no âmbito de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. Este PLC, também prevê a possibilidade do juiz aplicar a medida de obrigar o provedor a

remover a mídia no prazo de 24 horas, todos esses esforços foram justificados pelo calvário vivenciado pela vítima.

Segue justificando sua proposta ressaltando que Lei Maria da Penha oferece garantias civis mais abrangentes além de reunir condições para que um único juiz possa aplicar todas as medidas pertinentes sobre os casos de violência contra a mulher, resultando em um ganho inestimável de agilidade nesses processos. Esse argumento apresentado apresenta-se como o mais adequado para o tratamento de tal conduta além de estar em consonância com todo o exposto e com a proposta do presente estudo, tendo em vista os envolvidos, o meio através do qual essa violência se propaga, as consequências e a tutela necessária a essas vítimas.

Outros Projetos de Leis também foram propostos tratando esse tema, onde dois deles criminalizam a conduta de divulgar vídeos, fotos, áudios, ou qualquer outro documento com cenas de nudez ou de ato sexual sem o consentimento da vítima com sanções definidas em patamares de um a três anos. (GUIMARÃES, DRESCH, 2014, p. 9)

O Deputado Romário, PSB/RJ também propôs a PLC 6.630/13, onde ele propõe que se acrescente o artigo 216-B ao Código Penal, no título que trata dos crimes contra a dignidade sexual, tipificando a conduta de divulgar fotos ou vídeos com cena de nudez ou ato sexual sem autorização da vítima. Associando essa conduta a uma pena de detenção de um a três anos, e multa. Esse projeto prevê que aquele que, por ventura, se utilizar de montagens ou de outros artifícios estará incurso no referido crime na modalidade que dispõe uma causa de aumento de pena de 1/3, quando o crime for movido pelo sentimento de vingança ou humilhação, ou se o agente manteve relação com a vítima, ainda que sem habitualidade. Outra hipótese de aumento de pena ocorre quando a vítima for menor de 18 anos ou portadora de deficiência passando a receber mais um aumento de metade da pena.

A PLC 6.630/13 estabelece ainda, o dever de indenizar a vítima por todas as despesas decorrentes de possível mudança de domicilio, trabalho, escola, além dos tratamentos médicos e psicológicos. Porém, nesse projeto existe um artigo que permitirá ao juiz aplicar a pena de proibição do agressor de acessar redes sociais, parte que gera dúvidas quanto à sua aplicabilidade.

O Deputado baseou o seu argumento nos 25 anos de nossa Constituição e no fato de que tais práticas são incompatíveis com tudo que se proclama no texto desse documento.

Outros projetos também foram propostos todos encontraram suas justificativas no texto constitucional, que declara em seu art. 5º, inciso X, como direito

fundamental a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Enfatizando ainda, o desenvolvimento dos meios de comunicação de massa que tem propiciado a invasão da intimidade se utilizando de transmissão de mensagens para um grande número de receptores.

4. CONCLUSÃO

Com o advento do espaço cibernético, houve uma mutação na antiga forma de denegrir a imagem da mulher, tendo um alcance proporcionalmente incalculável, perpetrando a forma de propagação da violência de gênero, através da exposição indevida de material íntimo na internet. Diante da gravidade dessa conduta e de todos os transtornos causados por ela, entende-se que ela deve ser criminalizada, com a criação de um tipo penal específico e a inclusão de uma qualificadora dentro do disposto na Lei Maria da Penha.

Defende-se tal posicionamento devido à importante reflexão que se alcançou observando que na prática os indivíduos inseridos nos grupos vulneráveis sofrem discriminação e são vítimas de intolerância e que, no caso das mulheres, são vítimas de discriminação e violência doméstica pela imposição do conceito do machismo e do patriarcado, em razão de estarem as mulheres na posição de não dominância, sofrendo opressão e sendo subalternizadas pela sociedade. Por estarem nessa posição, as mulheres encontram-se em situação de vulnerabilidade social.

Os indivíduos inseridos em minorias e grupos vulneráveis necessitam de ações afirmativas propostas em seu favor, com a possibilidade de uma igualdade material capaz de diminuir a desigualdade formal conforme prevê nossa Constituição. Para tanto é necessário um esforço em produzir políticas públicas que visem combater a discriminação, o preconceito e a intolerância imposta pela ditadura da maioria.

Observou-se ainda que a Lei 11.340/06 - a Lei Maria da Penha é um exemplo prático e afirmativo de ação positiva no combate à violência doméstica contra a mulher, pois tem políticas de proteção que são extensivas às esferas civis, penais, administrativas e pode desencadear medidas protetivas que venham a coibir e combater a violência contra a mulher, demonstrando ser este o meio mais eficiente de se oferecer uma proteção contra as práticas de exposição da intimidade da mulher no ambiente virtual, dentro do texto contido na Lei 11340/06.

Por fim conclui-se que a violência contra mulher está longe de ser erradicada e que o legislador precisa tomar atitudes de rigidez para com os agressores que insistem em perpetuar essa prática abominável, seja por qualquer meio e de qualquer forma.

REFERÊNCIAS

ALTOÉ, Valeriano. *Direito e a mulher*. SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE MINORIAS E O DIREITO, Brasília. Ed Conselho de Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários, 2003.

BRASIL. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher "Convenção de Belém do Pará" (1994). Adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 6 de junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995 junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995. Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/convencaobelem1994.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2014.

CARVALHO, Eduardo A; RIBEIRO, Rakys Ângela Fernandes. *Uma análise histórica jurídica da violência contra a mulher na região do Cariri.* In: XXI ENCONTRO REGIONAL DE ESTUDANTES DE DIREITO E ENCONTRO REGIONAL DE ASSESSORIA JURÍDICA UNIVERSITÁRIA. Ceará. 2008.

CARVALHO, Marcelo de. *Análise dos aspectos gerais sobre a violência doméstica e a Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha.* Rio de Janeiro. UVA. 2010. (Comunicação oral).

COELHO, Jamile Moreno. Conceito de Minoria e Discriminação. Revista USCS, Direito. 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamento dos Direitos Humanos*- in: BOITEUX, Elza Antônia Pereira. Direitos Humanos: estudos em homenagem ao professor Fabio Konder Comparato. 2010.

CUNHA, Roberto Sales. *Os novos direitos da mulher.* São Paulo. Editora Atlas. 1989.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha Na Justiça – A efetividade da Lei 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.* 3. Ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo. Editora Revistas dos Tribunais, 2012.

DICIONÁRIO Escolar Da Língua Portuguesa / Academia Brasileira de Letras. 2ª Ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 2008. Direito%20penal%20-%208a%20ed%20-%20p.%2071%20a%2079.pdf>. Acesso em 06 nov 2014.

GANDRA, Alana. *Quase metade das casas brasileiras tem computador*. Revista Exame.com publicada em 18 de setembro de 2014. Disponível em http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/quase-metade-das-casas-brasileiras-tem--computador.

GOMES Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Comentários à convenção americana sobre os direitos humanos: pacto San Jose da Costa Rica. 3ed, ver, atual e ampl - Coleção ciências criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

GOMES, Renata Raupp. *Os novos direitos na perspectiva feminina: a Constitucionalização dos direitos das mulheres*. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.); LEITE, Jose Rubens Morato (org.). Novos direitos no Brasil: natureza e perspectiva – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo. Saraiva. 2012.

GUIMARAES, Barbara Linhares; DRESCH, Márcia Leardini. *Violação dos direitos da intimidade e a privacidade como forma de violência de gênero.* Revista/ Uni Curitiba, Curitiba, v. 14, n. 1, p. 27-49. 2014.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*– 16. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

LEONEL, Rose. A luta contra a difamação na internet. Rio de Janeiro. Rede Globo. Entrevista concedida a Fátima Bernardes no Programa Encontro em 25 set 2014. Disponível em <http://redeglobo.globo.com/rpctv/noticia/2014/09/encontro-rose-leonel-fala-sobre-luta-contra-difamacao-na-internet.html> Acesso em 09 nov 2014.

PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei, *Implementação ao Direito da Igualdade.* Saraiva. São Paulo. 2014.

PITTA, Tatiana Coutinho; NISHIMORI, Hiromi Francine. Revanche pornográfico: A necessária criminalização. Disponível em: <emhttp://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT3_Tatiana%20Coutinho%20Pitta;%20Francine%20Hiromi%20Nishimori.pdf> Acesso em: 09 jun. 2015.

SÉGUIN, Elida Lucia Sá. Minorias e grupos vulneráveis: Uma abordagem jurídica. Forense. Rio de Janeiro. 2002.

SILVA, Ludmilla Vanessa Lins da. *Violência de gênero.* In: CURSO CAPACITAÇÃO EM GÊNERO, ACESSO A JUSTIÇA E VIOLENCIA CONTRA AS MULHERES. Série Aperfeiçoamento de Magistrados, nº 14. Rio de Janeiro. 2012.

SILVEIRA, Rosa Maria Godoy. Diversidade de gênero – Mulheres .2011.

TRETTEL, Daniela Batalha. *Igualdade material de gênero- a lei Maria da Penha.* in: VASSAL, Mylène Glória Pinto. Aproximação conceitual: Gênero, Direito, Violência contra as Mulheres e direitos humanos. In: Curso: "Capacitação em Gênero, Acesso à Justiça e Violência contra as Mulheres". Série Aperfeiçoamento de Magistrados14. EMERJ. 2012.

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: RELAÇÃO ONTOLÓGICA

Jaime Leônidas Miranda Alves[100]

INTRODUÇÃO

A evolução do Direito acompanha – com razoável atraso – a evolução da complexidade das relações sociais, em sua tentativa de atuar ativamente como mecanismo de controle social. Diante disso, observa-se a superação do direito natural, 'substituído' pelo direito positivo, e posteriormente a virada linguística que levou à supressão da teoria positivista pela do direito neoconstitucional.

Conquanto as teorias em torno da melhor interpretação/aplicação do Direito continuem se desenvolvendo, o problema da tutela jurídica da irradiação dos direitos fundamentais, ainda subsiste, o que exige, de certa forma, uma quebra com sistemas clássicos no sentido de impor à ciência jurídica um novo paradigma.

A partir do advento do neoconstitucionalismo, e a consequente constitucionalização do Direito, que aproximou o constitucional e o civil, tem-se por superada a clássica dicotomia entre o público e o privado. Dessa forma, colocações puramente formalista-topográficas devem ser refutadas porquanto em desacordo com a melhor argumentação jurídica.

Nesse contexto de ressignificação, tem-se os direitos fundamentais, classicamente tidos como garantias mínimas dos indivíduos em face do Estado e os direitos da personalidade, também garantias mínimas, contudo oponíveis no bojo de relações privadas. Desta feita, a grande distinção, além da extensão, haja vista o rol de direitos fundamentais ser mais extenso abrangendo aspectos patrimoniais que, inexoravelmente, escapam à tutela da personalidade, seria a aplicação,

---

100. Pós-Graduando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS) e em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) . Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Secretário de Gabinete da 3ª Vara Cível da Comarca de Cacoal do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. E-mail: Jaime_lmiranda@hotmail.com

haja visto que ambos os grupos de direitos têm como corolário a tutela da dignidade humana e compartilham a origem histórica e as características basilares.

Em sede de Recurso Extraordinário, o STF se posicionou no sentido de admitir a aplicação de direitos fundamentais em relações privadas – teoria da eficácia horizontal. Nesse sentido, tem-se que nas relações entre iguais o indivíduo passaria a dispor, em favor de sua personalidade, os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, surgindo daí o questionamento acerca de sua relação ontológica. Se são os direitos da personalidade mero reforço legislativo dos direitos fundamentais em determinada espécie ou se, a depender do caso, pode-se aceitar a tese de direitos da personalidade como direitos fundamentais. Como método apto a responder a indagação levantada elegeu-se a hermenêutica constitucional tópico-problemática.

1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS

Primeiramente, no mister de bem compreender a teoria dos direitos fundamentais, cumpre elaborar um conceito preliminar. Necessita-se, assim, responder à questão: "o que são direitos fundamentais?".

Nesse diapasão, insta ressaltar que conceitos são representações estáticas. Vale dizer, refletem o entendimento de uma sociedade ou de grupo social, em determinado tempo da história. Daí porque surgem diversas teorias, ao longo da doutrina jusfilosófica que buscam responder o que são direitos fundamentais.

Isso posto, os direitos fundamentais se configuram como o mínimo necessário à existência digna das pessoas. Representam a evolução do Estado de Direito e refletem uma conquista de gerações. Limitam a atuação estatal, ao mesmo tempo em que obrigam o Poder Público a agir positivamente, no sentido de garantir situações existentes no plano jurídico, mas não no plano fático.

Sobre os direitos fundamentais, dispõem Pieroth e Schlink (2011, p. 46) que é possível reconhecer duas linhas: por um lado, direitos fundamentais entendidos como direitos humanos do indivíduo e, portanto, anteriores ao Estado; e o rol de direitos que cabe ao indivíduo uma vez que este é visto como membro do Estado. Nessa hipótese, os direitos fundamentais são outorgados pelo Estado.

Em sentido similar, Canotilho (2003) propõe um diálogo com a teoria discursiva de Habermas, apontando que os direitos fundamentais representam uma moralidade universal, ou seja, são valores essenciais. Nesse aspecto, ao passo em que o direito positiva e torna exigíveis os direitos fundamentais, estes possuem o condão de legitimar o próprio direito e o Estado Democrático.

Nesse aspecto de análise habermasiana (1998), a consagração dos direitos fundamentais reclama a existência de uma sociedade balizada pelo princípio democrático e pelo discurso de garantia de direitos, ou seja, direitos não apenas estabelecidos no plano legal ou constitucional, mas concretizados na esfera material.

Os direitos fundamentais, ou normas jusfundamentais, como prefere Alexy (2005) são caracterizados por possuírem fundamentalidade formal e material. A fundamentalidade formal "*resulta en suposición en la cúspide de la estructura escalonada del orden jurídico en tanto derecho diretamente vinculante para la legislación, el poder ejecutivo y el poder judicial.*" (ALEXY, 2005, p. 503). Fundamentalidade material, portanto, se consubstancia na forma de uma contraposição dos modelos constitucionais extremos, seja puramente procedimental, ou puramente material.

A fundamentalidade material está relaciona ao caráter principiológico dos direitos fundamentais, visto que "*los derechos fundamentales y las normas iusfundamentale son materialmente fundamentales porque com ellas se tomam decisiones sobre la estrutura normativa básica del Estado y de la sociedade.*" (ALEXY, 2005, p. 505)

Sobre os direitos fundamentais, insta consignar que tratam--se de direitos judiciáveis, ou seja, a limitação de sua eficácia em razão da inércia do Poder Público possibilita ao particular tirar o Judiciário de sua condição estanque, com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição, estabelecido constitucionalmente no artigo 5º, XXXV da Carta Política.

Canotilho (2003, p. 1176) afirma que a Constituição estabelece "em termos de direito e com os meios do direito os instrumentos de governo, a garantir direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas."

Nesse sentido, e também com base em Habermas (1998), os direitos fundamentais são possuidores uma natureza deontológica, fazendo surgir para o Estado o mister de agir.

Assim, o movimento neoconstitucional trouxe o entendimento de que os direitos fundamentais não contem apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote)*, mas expressam postulados de proteção. (*Schutzgebote*) Sob o prisma do Estado, os direitos fundamentais se revestem tanto de uma proibição de excesso (Übermassverbot), como em proibição de omissão (*Untermassverbot*)[101].

101. É nesse sentido que – como contraponto da assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente promoção dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão. (Untermassverbot). Nesse sentido, o princípio da proibição de insuficiência atua como critério para aferição da violação de deveres estatais de proteção e dos correspondentes direitos à proteção. (SARLET, 2012, p. 210)

Nesse diapasão, afirma-se: em razão dos direitos fundamentais se configurarem como baluartes do Estado de Direito e, por conseguinte, implicarem na existência de direitos positivos vinculados, estes, ao passo que limitam a obrigação do Estado – gerando um dever de não fazer – coagem o mesmo Estado a tomar providências positivas – o que, no plano das políticas públicas acaba por gerar o debate em torno do ativismo judicial.

1.1 Aspectos eficacionais dos direitos fundamentais

Os aspectos eficacionais dos direitos fundamentais referem-se à irradiação de sua eficácia, ou seja, representam o estudo da possibilidade dos direitos fundamentais em produzirem seus efeitos a partir do momento em que são inscritos em uma Constituição.

Acerca da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, Sarlet (2008, p. 180)., dispõe que estes "[...] constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos".

Cumpre dizer, os direitos fundamentais atuam como comandos axiológicos que norteiam a relação entre Estado e indivíduo – eficácia vertical – e também entre indivíduos – eficácia horizontal.

Ademais, questiona-se a possibilidade dos direitos fundamentais produzirem efeitos, *desde já*, ou seja, a partir do momento que são positivados na Constituição de um Estado Soberano. Nesse aspecto, eficácia significa a possibilidade de determinado direito fundamentais produzir seus efeitos e, consoante doutrina abalizada (SILVA, 2011), dividem-se em direitos de aplicação imediata/mediata e integral/não integral.

No texto constitucional existem normas de realização imediata e normas de princípios, diretivas ou programáticas. Vale dizer, as normas de aplicação imediata são as que tratam da organização, competência, direitos e deveres.

Noutro giro, as normas de princípios, ou normas programáticas são aquelas que necessitam de legislação posterior para complementar sua significação, ou de concretização por meio de políticas públicas, tal qual ocorre com os direitos sociais, que, em razão de sua normatização principiológica, só atingem sua eficácia material ao serem postos em prática pela Administração Pública.

Os direitos fundamentais em sua origem reclamavam a limitação da atuação Estatal. Por isso que, como visto, é certo pensar na primeira dimensão dos direitos fundamentais como liberdades negativas.

Nesse contexto, os direitos fundamentais positivados nas Constituições caracterizavam-se por criar um novo paradigma no que tange à relação entre o Poder Público e os indivíduos, na clássica dicotomia entre interesse público e interesse privado.

Conforme ilustram Barros e Pimenta (2011, p. 2798) ensinam que "pode-se definir a eficácia vertical dos direitos fundamentais como aquela que vincula o legislador, o juiz, e os entes estatais em geral."

Nesse sentido, a eficácia vertical dos direitos fundamentais nega, em determinada esfera, a vinculação de direitos fundamentais nas relações privadas. Conforme apontam, no direito norte-americano consolidou-se a doutrina constitucional da "*state action*", segundo a qual os direitos fundamentais "apenas impõem limitações para os Poderes Públicos, não atribuindo aos particulares direitos frente a outros particulares." (BARROS; PIMENTA, 2011, p. 2978)

Com efeito, segundo a teoria em comento, não cabe ao Congresso Nacional editar normas protegendo os direitos fundamentais nas relações privadas, tendo em vista a existência de uma limitação material.

Apesar de, como regra, os direitos fundamentais regularem as relações verticais, estabelecidas entre o Estado e o particular, entende-se que, uma vez que se caracterizam pela irrenunciabilidade, não podem ser postos de lado em relações de ordem privada.

Ou seja, um acordo de vontades, mesmo, no caso de interesse disponível de particulares não tem o condão de olvidar direitos fundamentais de forma que, toda cláusula nesse sentido reputa-se não escrita, tamanha é a importância dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Como se verá, tal vem como evolução histórico-jurídico principalmente nos ordenamentos dos Estados Unidos e Alemanha.

No direito norte-americano, essa tendência teve origem com a "*public funcion theory*", doutrina que informava ser possível falar em liberdades objetivas ou subjetivas por meio da irradiação de direitos fundamentais nas relações privadas, desde que uma das partes estivesse no exercício de atividade tipicamente estatal (BARROS; PIMENTA, 2011, p. 2979).

Assim, pouco a pouco se passou a admitir, ainda que com menor incidência, que os aspectos axiológicos dos direitos fundamentais também se irradiavam nas relações privadas.

Tem-se, por conseguinte, o advento da teoria da eficácia mediata – ou indireta – dos direitos fundamentais, hoje adotada majoritariamente pela doutrina

alemã e por sua Corte Constitucional. Conforme lição de Barros e Pimenta (2011, p. 2980), a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nega que, diretamente os direitos fundamentais sejam aplicados diretamente às relações privadas.

Não obstante, os direitos fundamentais atuariam como normasimperativas, as quais devem ser ponderadas pelo Poder Legislativo na elaboração do sistema infraconstitucional. Desta feita, cabe falar em aplicação dos conceitos indeterminados dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, desde que, contudo, "sempre dentro das linhas do direito privado." (BARROS; PIMENTA, 2011, p. 2980).

Nesse diapasão, caberia ao Poder Legislativo ponderar os interesses constitucionais e os valores do direito privado na edição de normas infraconstitucionais, ao passo que ao Poder Judiciário sobraria o mister de preencher as cláusulas indeterminadas criadas em matéria infraconstitucional por meio da integração dos axiomas dos direitos fundamentais, desde que, para tanto, estes não sejam incompatíveis com as limitações do direito privado.

Afirmam Barros e Pimenta (2011, p. 2981) que, da evolução da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais, surgiu na Alemanha a doutrina da eficácia imediata, conquanto, custa afirmar, não logrou grande aceitação nesse país, sendo, todavia, majoritária na Espanha e em Portugal.

Como expoente da doutrina espanhola da eficácia plena e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, destaca-se lição de Naranjo de la Cruz (2000, p. 199), para quem:

> [...] los derechos fundamentales, en su doble vertiente subjetiva e objetiva, constituyen el fundamento del entero ordenamiento jurídico y son aplicables en todos los ámbitos de actuación humana de manera inmediata, sin intermediación del legislador. Por ello, las normas de derechos fundamentales contenidas el la Constitución generan, conforme a su naturaleza y tenor literal, derechos subjetivos de los ciudadanos oponibles tanto a los poderes públicos como a los particulares.

No mesmo sentido, a jurisprudência pátria já está a admitir a eficácia horizontal – ou privada – dos direitos fundamentais, com base teórica na teoria da eficácia imediata, na medida em que i) violação a direito fundamental deve ser a qualquer tempo combatida e; ii) por vezes, a fonte da violação não derivar dos poderes estatais, mas sim de uma ação ou omissão de particular.

Em relação à aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado, esta se consolidou no bojo do Recurso Extraordinário 201.819, que acompanhou posicionamento já esposado por nomes como Sarmento (2006), Sarlet (2012) e Barroso (2006), dentre outros.

2 Direitos da personalidade

Os direitos da personalidade revelam determinadas prerrogativas individuais, próprias da pessoa humana que, com o paulatino desenvolvimento da ciência jurídica foram reconhecimentos e positivados, sendo objetos de comprometidos estudos na doutrina e objetos de casos paradigmáticos nos Tribunais.

Com efeito, para que se possa responder à indagação levantada na presente pesquisa, imperioso compreender a conceito de direitos da personalidade. Nesse sentido, faz-se remição à Gonçalves (2010, p. 183), para quem os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira permanente e perpétua, merecendo, a par dos direitos patrimoniais, proteção jurídica.

Os direitos da personalidade encontram legitimidade a partir das teorias jusnaturalistas que apontam existir direito independente de criação de regra jurídica positiva. Há, ainda, entendimento que os direitos da personalidade são herança da Revolução Francesa, de forma que seu surgimento coincide com o advento embrionário dos direitos fundamentais.

Há de se destacar que a escola Austríaca, a exemplo de Kelsen (2006) e Jellinek (2000), ao defenderem a tese de Direito como ordenamento normativo-coercitivo negam a tese de direitos inerentes à pessoa, de forma que, fatalmente, descaberia pensar em direitos ausente a corresponde previsão legal. Defende esse posicionamento Coviello (1994) que, deve-se destacar, é largamente refutado entre os civilistas, a exemplo de Silvio Rodrigues (2002) e Maria Helena Diniz (2002).

Dentre os que defendem a tese de direitos da personalidade como elemento integralidade à pessoa humana está Serpa Lopes (1971), segundo quem os direitos da personalidade são projeções biopsíquicas integrativas da pessoa humana. Dessa forma, como projeções biopsíquicas afasta-se o argumento da necessidade de positivação dos direitos fundamentais, não podendo-se limitar estes aos previstos na norma jurídica.

Para Francisco Amaral (1984, p. 243) os direitos da personalidade se revelam como "direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual." No mesmo sentido, Maria Helena Diniz (2002) confirma que os direitos da personalidade se consubstanciam

em direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física, intelectual e moral.

Fundamental a compreensão de direitos da personalidade segundo a tônica dada por Bittar (2008, p. 07):

> [...] Entendemos que os direitos da personalidade constituem direitos inatos – como a maioria dos escritores ora atesta -, cabendo ao Estado apenas reconhece-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária -, e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares.

Dessa forma, Bittar leciona que os direitos da personalidade compreendem em si os lementos intrínsecos à pessoa, destacando a título de exemplo a honra, reputação, imagem, nome e os atributos humanos que, independente de positivação, irrompem a hermenêutica clássica do direito no sentido de garantir a felicidade humana.

Dessas breves conjecturas pode-se perceber que a conceituação de direito da personalidade é muito similar a de direitos fundamentais, dantes apresentada. Outra similaridade com os direitos fundamentais está encerrada no fato de que os direitos da personalidade são atributos que, conforme explana Siqueira (2010) se convertem em projeções da pessoa humana. Isso ocorre tendo em vista serem direitos subjetivos privados que ostentam caráter não-patrimonial, se caracterizando pela oponibilidade *erga omnes*. Ademais, são direitos universais, absolutos, imprescritível, intransmissíveis, impenhoráveis e vitalícios.

No mister de conceituar os direitos da personalidade, Siqueira (2010) ensina que os civilistas, no século XIX consolidaram duas teorias, intimamente antagônicas. Fala-se, portanto, na teoria atomista – que defendia que a personalidade possuía diversas projeções – e a teoria monista – acreditando que a personalidade era um todo indivisível.

Ensina o insigne autor que a teoria atomista foi melhor recebida, tendo o maior número de adeptos, porquanto seu reconhecimento possibilita uma tutela mais concreta dos direitos da personalidade. Vale dizer, ao separar as diversas projeções da personalidade, se torna mais fácil desenvolver uma teoria jurídica de proteção a cada ramificação da personalidade individualmente.

Deve-se ficar atento, contudo, que aceitar a tese das diversas projeções da personalidade não significa dividi-la, visto que a própria noção de personalidade tem como corolário sua indivisibilidade, devendo-se compreender a personalidade como valor ilimitado. É sob esse argumento que se percebe a necessidade de se reconhecer os direitos da personalidade como rol aberto. Positivar direito da personalidade, nesse jaez, não significa cria-los, mas sim reconhece-los, haja vista que sua exigibilidade é consequência do substrato da necessária tutela da dignidade da pessoa humana.

3 Direitos fundamentais e direitos da personalidade: relação ontológica

A clássica distinção entre direitos fundamentais e direitos da personalidade se baseou no fato que esses ganhavam concretude na medida em que regulamentavam relações entre particulares, na medida em que aqueles se manifestam na proteção do indivíduo em face ao Estado.

Ocorre que com o reconhecimento pelo STF da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no *leading case* no RE 201.819, admitindo sua aplicação direta no bojo de relações travadas entre particulares, imperioso se faz repensar os aspectos distintivos entre os direitos da personalidades e os direitos fundamentais.

Dessa forma, Kunrath (2016) ensina que o primeiro passo para refutar/confirmar o entendimento de direitos da personalidade enquanto direitos fundamentais seria considerar a possibilidade de existência destes a par da positivação em leis infraconstitucionais.

A esse respeito, deve-se ater ao fato de que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º,§2º constrói um rol aberto de direitos fundamentais, de forma que não se "excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais". Desta feita, não há qualquer menção à possibilidade de positivação de direitos fundamentais em lei infraconstitucionais.

Há, contudo, que se destacar que aqui se está a analisar os direitos fundamentais em sua acepção estritamente formal, significa dizer, considerar direitos fundamentais como aqueles previstos na Constituição com a extensão interpretativa conferida pelo art.5º,§º, CF também os decorrentes dos princípios e tratados internacionais.

Deve-se ater o fato de que pode a norma prever rol de direitos que coincida, em determinado grau com espécie já positivada na Constituição. Nesse mister de regulamentar o direito fundamental, também o estará caracterizando – pelo viés formal – como direito da personalidade.

Essa é a conclusão que parece mais apropriada consentânea a lição de Laurence Tribe (2008, p. 95), segundo quem a Constituição contém uma regra de interpretação, há que a omissão de uma previsão formal no texto constitucional não implica necessariamente a impossibilidade do reconhecimento de determinado direito fundamental, haja vista o reconhecimento da cláusula de não taxatividade do catálogo constitucional.

Especialmente como consequência do fenômeno de constitucionalização do direito[102], observa-se uma fluidez entre o público e o privado, que leva ao intérprete de Direito a buscar compreender as ressignificações paradigmáticas ocorridas no fenômeno jurídico. E é nesse sentido que devem ser superadas as rupturas meramente topográficas entre o público e o privado em prol de compreender aspectos axiológicos da lei, bem como aquilo que se busca tutelar.

Nesse interim, quando o reconhecimento de direitos da personalidade vem no sentido de estender a tutela de direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, forçoso reconhecer a tese de direitos da personalidade como direitos fundamentais. A distinção, nesses casos, é meramente topográfica e conceitual e deve ser superada quando compreendida sob o enfoque da virada linguística paradigmática pela qual passa o Direito.

De acordo com o exposto, lícito reconhecer direitos da personalidade como direitos fundamentais desde que de acordo com a norma constitucional. Nessas hipóteses não há verdadeira novação promovida pelo Código Civil, porquanto a matéria dantes se encontra regulamentada no corpo constitucional, mas há, noutro lado, um reforço do legislador constitucional, no mister de ampliar a eficácia coercitiva social do dispositivo em comento. Tudo em prol da pessoa humana. Esposam esse entendimento Marinoni, Mitiero e Sarlet (2012, p.274):

Sob o aspecto material, tem–se que os direito da personalidade atualmente são estabelecidos em consequência de uma cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana. Desta feita, a dicotomia público-privada clássica, hoje superada a partir do neoconstitucionalismo e da constitucionalização do direito, em separar direitos fundamentais e direitos da personalidade sob o ponto de vista topográfico perde razão quando a tônica de ambos é o mesmo: a tutela da dignidade, que aca-

102. Esta constitucionalização é caracterizada pela perda da centralidade no sistema de fontes pelo Código Civil, tendo em vista a incompatibilidade do Código Civil com a ideologia constitucionalmente estabelecida, assim, não se recomenda sua continuidade, de acordo com a complexidade da vida contemporânea, além de que, a realidade não condiz com a rigidez de suas regras. Com a fragmentação do sistema de Direito Privado, a Constituição, no contexto do Estado Social, passará também a disciplinar as relações econômicas e privadas, se convertendo em centro unificador do ordenamento civil (ALVES; MARISCO, 2015, p. 13).

ba se revelando multifacetária, podendo-se invocar direitos fundamentais e/ou da personalidade no bojo de relações verticais ou horizontalizadas.

Esse é o entendimento de Rosenvald (2005, p. 32) segundo quem os direitos da personalidade, quando positivados, passam a integrar o rol de direitos fundamentais de igual conteúdo daqueles previstos em Constituição. No mesmo sentido, Canotilho (apud ROSENVALD, 2005, o. 31), aponta que *"em face da concepção de um direito geral da personalidade como 'direito à pessoa ser e à pessoa devir', cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos da personalidade e vice-versa.*

Dessa forma, sob à luz da constitucionalização do Direito, parece forçoso o reconhecimento de que os direitos da personalidade podem ser tidos como direitos fundamentais na medida em que não há distinção conceitual que justifique posicionamento em sentido diverso. Destaca-se, todavia, que não se tratam de conceitos que coincidem, visto os direitos fundamentais serem mais abrangentes, na medida em que incluem a proteção patrimonial que, conforme é consabido, escapam à tutela da personalidade.

Considerações finais

A partir da pesquisa desenvolvida, encourada na hermenêutica tópico-problemática, foi possível tecer as seguintes considerações:

1. A compreensão dos direitos se modificou de tal forma que atualmente, no mister de bem compreender o ordenamento jurídico, é imperioso relativizar dogmas clássicos que hoje se mostram superados. Nesse sentido, qualquer indagação que tenha como fundamento único a relação topográfico de institutos jurídicos fazendo uso de aspectos estritamente formalistas e apegado à clássica dicotomia entre o público e o privado está fadado ao erro, tendo em vista a necessidade percebida pela hermenêutica contemporânea de se compreender o Direito sistemicamente.

2. O neoconstitucionalismo trouxe, dentre outras consequências, o fenômeno da constitucionalização do direito, que aproximou, de sobremaneira institutos próprios do direito civil à luz do direito constitucional. O que se tem, nesse mister, é a necessária interpretação do direito civil à luz da tábua de axiomas contidos na Constituição Federal.

3. Após o *leading case* RE 201.819, o STF ao reconhecer a aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais, pôs termo à sólida separação entre direitos fundamentais e direitos da personalidade, de forma que, em determinadas situações específicas, frente à relações entre particulares, é possível observar uma paridade de significância.

4. É lícito pensar em direitos da personalidade como direitos fundamentais na medida em que ambos são irradiações da tutela da dignidade da pessoa humana, funcionando o direito da personalidade como reforço do legislativo infraconstitucional. A tese é sustentada, ainda, pela admissão de que o sistema de direitos fundamentais adotado pela Constituição Federal é de rol aberto, de forma que não se deve levar em conta, apenas, o aspecto formal-hierárquico da norma, mas sim a matéria nela contida. Desta feita, se o que se está diante é de irradiação da tutela da pessoa humana, ainda que disciplinado em norma infraconstitucional – o Código Civil, no caso – forçoso concluir que se trata, além de direito da personalidade, de direito fundamental.

5. O contrário, todavia, não é verdadeiro, na medida em que o conceito de direitos fundamentais é mais amplo que o de direitos da personalidade, na medida em que tutelam, afora aspectos inerentes à personalidade, também interesses patrimoniais. Desta feita, não obstante se reconheça direitos da personalidade como direitos fundamentais, nem todos os direitos fundamentais podem ser tidos como direitos da personalidade.

Referências

ALEXY, Robert. . *La institucionalización de la justicia.* Edición y presentación: José Antonio Seoane. Traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez. Granada: Comares, 2005.

ALVES, Jaime Leônidas Miranda; MARISCO, Francele Moreira. Os direitos fundamentais e a solidariedade social como perspectiva para um novo olhar para o direito contemporâneo. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia,* v. 43, n.2, 2015.

AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução. 4. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Juliana Augusta Medeiros de; PIMENTA, José Roberto Freires. A eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses. *In:* **XV Congresso Nacional do CONPEDI. Anais, Manaus, 2006.**

BARROSO, Luis Roberto. *In: Themis:* **Revista da ESMEC**, Fortaleza, v. 4 , n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ROSENVALD. Nelson. Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juazes de Oliveira, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COVIELLO, Nicola. *Doctrine general del derecho civil.* Trad. Esp. México, 1949.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* parte geral, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

KUNRATH, Yasmine Coelho. Os direitos da personalidade enquanto direitos fundamentais. *In:* **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 151, ago 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17637&revista_caderno=7>. Acesso em jul 2016.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los limites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*: la buena fé. Madrid: centro de Estudios políticos e constitucionales, 2000, p 199.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernard. *Direitos fundamentais.* Tradução de António Francisco de Souza, São Paulo: Saraiva, 2011.

ROSENVALD. Nelson. *Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 2. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado. 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2.ed, Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil.* 5. Ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1971.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 34. ed .Malheiros Editores: São Paulo, 2011

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. Direitos da personalidade. *In:* **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 80, out 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8509>. Acesso em jul 2016.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RESTRIÇÕES DE ORDEM PÚBLICA

JULIANA CAMPOS MARANHÃO

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2013, deu-se início a uma série de manifestações populares que se espalharam por todo o Brasil. Marcadas pela insatisfação do povo contra o Estado, tendo em vista as inúmeras questões problemáticas vivenciadas no país, levaram milhares de brasileiros às ruas em grandes protestos.

Em muitas dessas manifestações, presenciaram-se atos de violência e confronto, bem como eventos de vandalismo, ensejando-se uma discussão sobre até que ponto e de que forma deveria ou não ser restringido o direito de manifestação e a liberdade de reunião em razão de questões de ordem pública, por meio das quais se impõe ao Estado um agir que assegure determinada situação de convivência pacífica e harmoniosa à população.

Dessa forma, indaga-se no presente trabalho em que medida os direitos fudnamentais, constitucionalmente assegurados como cláusula pétrea aos cidadãos, poderá ser limitado com vistas a assegurar-se a chamada ordem pública, observados os ditames esposados na Constituição da República, a fim de conferir-lhe, ainda assim, plena efetividade.

2. ORDEM PÚBLICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tema de constante discussão no cerne jurídico, a chamada *ordem pública*, desde os primórdios do século XIX[103], tem sido objeto de profundas reflexões no Brasil. Rica em conteúdo e, igualmente, vazia em conceituação, desperta o interesse de estudiosos do Direito e das Ciências Políticas, buscando-se, no tempo e na história, conferir-lhe significado suficiente, útil e correspondente à importância que lhe tem sido abrigada na sociedade pelo Estado.

---

103. NEDER, Gizlene. Da "ordem pública" à "segurança pública": aspectos ideológicos das estratégias de controle social no Brasil. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez Informação, n. 20, v. 5, 2005, p. 94-95.

Ampla e vaga em sua noção[104], como dito, a ordem pública não é figura de recente construção jurídica. Sua origem remonta à antiga Roma, onde confundida com o conceito de *mores*, os costumes do povo, e, ao Direito Intermédio, vista como sinônimo de "bons costumes" e "interesses públicos". Restringida pelo liberalismo do século XIX, ganha forças, em seguida, com o advento do Estado do Bem-Estar Social, funcionando como conceito instrumental ao alargamento da atuação estatal nos vastos ramos da atividade humana.[105]

É cediço, ainda assim, que não se tem por encerrada ou concluída sua persecução, sendo de grande relevância para a relação que se constrói entre Estado e sociedade, sobretudo no que toca à segurança pública, a análise dos elementos que envolvem a noção de ordem pública, com base no que já vem sendo esposado acerca da temática em voga pela doutrina.

Pois bem. A concepção de ordem pública é incerta e variável no tempo e no espaço, de um para outro país e de época em época[106]. Importa em conceito jurídico indeterminado[107], genérico, pelo que se afirma sê-lo fácil de sentir, mas não de definir[108].

A despeito disso, ainda que voltada, em sua essência, à limitação dos direitos individuais[109], como se demonstrará, não se pode confundir o sentido que se lhe atribui em cada uma dessas diversas searas[110], bastando para o presente estudo a significação constitucional e administrativista que aproxima ordem pública à ideia de segurança pública.

Valendo-se, então, de uma análise sistêmica do conceito, temos que a ordem pública nada mais é do que um pré-requisito funcional do sistema de convivência pública. Em outras palavras, a acepção em questão assinala que a ordem pública, dispondo sobre o modo de funcionamento e organização das agregações humanas, isto é, das relações que se estabelecem nas ruas, nas praças, no trabalho, nas salas de aula, nos momentos de lazer, por exemplo, permite ao homem gozar de sua liberdade individual no seio social.[111]

---

104. DELGADO, José Augusto. A ordem pública como fator de segurança. Revista dos Tribunais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. n. 584, v. 73, 1984, p. 18.

105. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Administrativo da Segurança Pública. In LAZZARINI... et al. Direito Administrativo da Ordem Pública. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 76-77.

106. LAZZARINI, Álvaro. Polícia de manutenção da ordem pública e a justiça. In LAZZARINI... et al.. Direito Administrativo da Ordem Pública. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 4.

107. LAZZARINI, Álvaro. A ordem constitucional de 1988 e a ordem pública. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n. 115, v. 29, 1992, p. 277.

108. LAZZARINI, Álvaro. A ordem... Op.cit., p. 276.

109. FIORINI, Bartolomé A. Derecho administrativo. Tomo II. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1976.

110. RIVIERO, Jean. Direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1981, p. 370.

111. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão Doutrinária dos conceitos de ordem pública e

Atua, assim, a ordem pública, como pressuposto necessário ao convívio humano no meio social, funcionando como condição à real efetivação das liberdades individuais. E justamente por serem as interações que travam os indivíduos múltiplas e complexas, não poderia deixar de apresentar-se, em sua noção, extensa e variável.

Nesses termos, como condição à liberdade, vincula-se a ordem pública à atuação estatal voltada para a proteção e segurança de seus cidadãos, no exercício de seus direitos e liberdades. Cuida-se da situação de tranquilidade e normalidade que cumpre ao Estado assegurar a todos os membros da sociedade[112], em decorrência do pacto social celebrado com seus cidadãos.

Os indivíduos, ao abdicarem de sua liberdade, atribuíram ao Estado a função de garantidor do *bem comum*[113]. Nesse diapasão, a busca pelo bem estar de todos, a garantia dos direitos individuais, a manutenção do regular funcionamento dos serviços públicos e a preservação da estabilidade das instituições[114] são pilares de sustentação da ordem pública, cabendo ao Estado cumpri-la no cerne social.

3. RESTRIÇÕES DE ORDEM PÚBLICA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Tradicionalmente entendida como uma das funções de polícia[115], a ordem pública é quase sempre apontada como justificativa para a restrição aos direitos fundamentais. Em homenagem ao interesse público, desdobram-se, pois, referidas limitações em ações coativas e autoritárias, que têm por escopo o cerceamento de liberdades individuais. Como exemplo, sob a égide do governo militar, no período de 1964 a 1985, o autoritarismo das ações estatais praticadas à revelia da legalidade valia-se justamente do pretexto de manutenção da ordem[116].

Com o advento da Carta Magna e o fortalecimento da democracia brasileira, cria-se uma nova percepção a respeito do chamado desse poder, que passa a consistir na busca pelo equilíbrio entre os direitos e liberdades fundamentais elencados em sede constitucional e a necessidade de coexistência pacífica e ordenada dos cidadãos dentro da sociedade[117], consubstanciada na garantia de ordem pública.

---

segurança pública. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano 25, n. 97, 1988, p. 142-143.

112. MEIRELLES, Hely Lopes. Polícia de Manutenção da Ordem Pública e suas atribuições. In LAZZARINI... et al. Direito Administrativo da Ordem Pública. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 92.

113. LAZZARINI, Álvaro. A ordem... Op. cit., p. 276.

114. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 93.

115. SILVA, Ronny Carvalho da. O "conceito odioso" de "ordem pública" para a efetivação do direito fundamental à segurança: uma análise comparada no constitucionalismo luso-brasileiro. In Anais do Primeiro Simpósio de Análise Crítica do Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Disponível em: < http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/resumos/3.pdf>. Acesso em 07.11.2014.

116. Ibidem.

117. SCHIRATO, Vitor Rhein. Op. cit., p. 35.

A faculdade repressiva, antes ilimitada, encontra, hoje, portanto, limites jurídicos aos quais deverá se sujeitar: os direitos dos cidadãos, as prerrogativas individuais e as liberdades públicas resguardadas na Constituição e nas leis.[118]

Nesse cenário, o autoritarismo inerente à função de polícia revela-se inaceitável, depreendendo-se a partir da releitura do instituto ser defeso à Administração o emprego de medidas opressivas ou arbitrárias para concretizar seus objetivos[119], ainda que em razão de um suposto interesse coletivo que se manifeste por trás da noção de ordem pública. Desta feita, as medidas de polícia, embora revestidas de certa discricionariedade[120], deverão, em seu exercício interventor, proporcionar a maior segurança com a menor restrição possível à conformação dos direitos fundamentais[121].

Diante disso, na ausência de detalhamento normativo quanto à forma de realização dessas medidas, ganha forças, como regra hermenêutica[122], o postulado da proporcionalidade, erigindo-se à categoria de princípio necessário à legitimidade das restrições impostas em nome da ordem pública a existência de uma linha proporcional entre os meios e fins da atividade administrativa[123].

O legislador, incapaz de arbitrar a exata medida de tais limitações a que se submetem os direitos fundamentais na consecução do interesse público, optou por atribuir à Administração Pública uma margem de discricionariedade para realizar essa arbitragem com base nas circunstâncias peculiares ao caso concreto, à luz do princípio da proporcionalidade[124].

Diante da relatividade dos direitos, ainda que voltadas à proteção da ordem pública, as restrições que se aplicam visarão, pois, ao razoável equilíbrio entre os interesses individuais e os interesses da coletividade. Por tal razão, em observância à proporcionalidade, poderão e deverão condicionar o exercício dos direitos individuais, mas não os tornar inservíveis[125]. Isto equivale a dizer que a vedação não deverá ir além do necessário para a satisfação do interesse público que al-

---

118. CRETTELA JÚNIOR, José. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 601.

119. OLBERTZ, Karlin. Poder de polícia, segurança e proporcionalidade. In MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). Poder de polícia na atualidade. Anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – CEDAU do ano de 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 49.

120. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Op. cit., p. 129.

121. OLBERTZ, Karlin. Op. cit., p. 53.

122. Ibidem.

123. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 90.

124. SCHIRATO, Vitor Rhein. Op. cit., p. 34.

125. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 199.

meja proteger[126], de modo a proteger-se o núcleo essencial do direito em questão.

O papel da proporcionalidade[127] no exercício desse poder importa reconhecer que as medidas de polícia adotadas pelo administrador público devem ser aquelas que, dentre as medidas reputadas igualmente idôneas, consistirão na menor repercussão negativa aos indivíduos na sociedade[128].

A ordem pública não tem por finalidade a destruição dos direitos e garantias fundamentais, mas, ao contrário, visa em sua atividade assegurar aos indivíduos o exercício de suas liberdades; por isso, só poderá reduzi-las quando em conflito com interesses maiores e na medida estritamente necessária à consecução dos fins do Estado[129]. Se chegar a extinguir ou a restringir os direitos individuais de modo a alcançar o seu conteúdo mínimo, não mais se caracterizará a restrição como uma prerrogativa da Administração, deixando de ser mais uma limitação à liberdade ou a propriedade para tornar-se uma violação aos direitos fundamentais[130].

Sendo assim, no exercício da atividade de manutenção da ordem pública, a colisão que se apresente entre esta e as liberdades dos indivíduos deverá ser resolvida somente de forma a regulamentar a função social inerente ao conteúdo dos direitos fundamentais, sem atingir seu núcleo essencial[131]. A repressão que recai sobre a liberdade e a incolumidade da pessoa não pode exceder, seja em intensidade ou em duração, o mínimo indispensável à manutenção ou restauração da ordem pública[132].

Em cada situação, deverá ser buscado um equilíbrio entre liberdade e autoridade, permitindo-se a realização mais ampla possível dos direitos fundamentais. O limite proporcional de restrição aos direitos fundamentais[133] tem por escopo a menor ofensa possível aos indivíduos em razão da ordem pública. Ao agente público compete, pois, a escolha do recurso mais leve e útil à restauração do estado de paz. Se, não obstante isso, recorre a autoridade policial a medidas mais rigorosas, comete um excesso de poder[134].

Para que tal não ocorra, as limitações impostas aos particulares devem observar o princípio da proporcionalidade em todos os seus elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito[135].

---

126. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Op. cit., p. 130.

127. FIORINI, Bartolome A. Poder de polícia. 2. ed. Buenos Aires: Editora Alfa, 1962, p.86.

128. OLBERTZ, Karlin. Op. cit., p. 53.

129. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Op. cit., p. 130.

130. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 199.

131. Ibidem.

132. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito... Op.cit., p. 71.

133. SCHIRATO, Vitor Rhein. Op. cit., p. 34.

134. MAYER, Otto. Derecho administrativo alemán. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Depalma Buenos Aires, 1950, p. 33.

135. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 199.

Como um aspecto do postulado da proporcionalidade a ser aplicado pela polícia administrativa com vistas a não ferir o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a adequação se traduz no sentido de que a medida deve ser adequada para impedir o dano ao interesse público[136]. Cuida-se da eficácia da medida policial empregada, que terá de ser idônea e suficiente ao objetivo que se almeja, qual seja, a preservação da ordem pública. Não adianta, dessa forma, que a administração se valha de recursos mais brandos aos direitos fundamentais, que se apresentem, porém, incapazes de atingir o fim perquirido em sua atuação.

Ademais, a medida deverá ser necessária. Será, pois, adotada apenas quando indispensável para evitar ameaças reais ou prováveis de perturbações ao interesse público[137]. A regra é o livre exercício dos direitos e liberdades fundamentais, atuando esse poder de modo a condicioná-los tão somente em situações extremas, quando necessário à segurança das relações sociais.

Nesse passo, ao limitar direitos fundamentais, a atividade policial, pautada pelo princípio da proporcionalidade, deve obedecer a *regra da menor incidência*. Ou seja, como dito, a medida de policia escolhida para a preservação da ordem pública deve repercutir o mínimo possível em face dos interesses coletivos e individuais[138], causando o menor transtorno aos indivíduos em suas liberdades[139]. Os meios diretos de coação só deverão ser utilizados quando não se vislumbre outra forma eficaz para alcançar-se o interesse perquirido.

Finalmente, a medida será, ainda, proporcional, exigindo-se uma relação necessária entre a limitação ao direito individual e o prejuízo a ser evitado[140]. Significa dizer que a atividade de polícia, quando importa em limitação aos direitos individuais, deve ser congruente e proporcional com as circunstâncias postas no caso e os fins a serem atingidos[141].

Verificada a ausência de proporcionalidade entre a medida adotada e o fim a que se destina, incorrerá o agente público em abuso de poder[142]. Não serão válidos, assim, os meios utilizados quando desproporcionais ou excessivos em relação ao fim que se busca tutelar, podendo ensejar, inclusive, a invalidação

136. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Op. cit., p. 130.

137. Ibidem.

138. OLBERTZ, Karlin. Op. cit., p. 53.

139. "La razonabilidad cuando se refiere a la medida dictada por la gestión policial debe hallarse justificada, realizada em forma adecuada, con ajuste proporcional y sacrificando mínimamente los ámbitos individuales". FIORINI, Bartolome A. Poder... Op. cit., p.147.

140. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Op. cit., p. 130.

141. OLBERTZ, Karlin. Op. cit., p. 53.

142. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 90.

da medida na via judicial[143]. Nesse aspecto, a violência excessiva revela-se incompatível à regular atividade de preservação da ordem pública, exigindo-se a responsabilização dos agentes que procederem de tal maneira[144].

Há de ressaltar, no mais, que as limitações ao poder de polícia encontram respaldo, ainda, na lei. A liberdade das pessoas se limita por leis, por isso toda atividade da administração que envolva a constrição de direitos fundamentais, conquanto dotada de discricionariedade, deverá encontrar seu fundamento no diploma legal[145].

Não se pode conceber que a lei, ao dispor de forma geral sobre a atividade de polícia tenha permitido à autoridade policial uma defesa que exceda, em proporção, a perturbação que se pretende coibir. Por isso, nos casos em que o agir policial for discricionário, como no exercício de manutenção da ordem pública, deverá se conter dentro dos limites da margem conferida pela lei, submetendo-se aos controles típicos dos atos administrativos, quanto à competência e à forma, aos fins e, ainda, com relação ao motivo e ao objeto[146].

No tocante aos fins, as restrições que se imponham aos direitos fundamentais na defesa da ordem deverão, por óbvio, atender ao interesse público. A atuação que se volte para além desse princípio, importando em benefício ou prejuízo de pessoas determinadas, perderá, por isso, sua justificativa, configurando o desvio de poder por parte da autoridade pública, com todas as suas consequências nas esferas civil, penal e administrativa.[147]

A competência e o procedimento submetem-se também às normas legais aplicáveis quando do exercício de preservação da ordem pública, devendo respeito à lei quanto às formas pelas quais se limitarão as liberdades individuais e, além disso, à autoridade que se revela competente para tanto.[148]

No mais, quanto ao meio de ação, observa-se que a autoridade sofrerá limitações ainda que disponha de várias alternativas para a consecução dos fins almejados. Em suas ações voltadas à proteção da ordem pública, deverá, pois, observar o princípio da proporcionalidade dos meios aos fins, o que equivale a dizer que a res-

---

143. Ibidem.

144. "Exemplo típico, e lamentavelmente não raro, de ofensa ao princípio da proporcionalidade consiste no uso exagerado de violência por agentes policiais encarregados de manter a ordem em casos de protesto ou movimentos populares e de diligências em locais de maior incidência de delitos, como favelas, morros e outras comunidades". Ibidem.

145. FIORINI, Bartolome A. Poder... Op. cit., p. 127.

146. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 199.

147. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Op. cit., p. 129.

148. Ibidem.

trição que sofrerão os direitos fundamentais em prol de um bem-estar social dar-se-ão apenas diante de conflito com interesses maiores da coletividade e tão somente na medida necessária à satisfação da situação de paz e tranquilidade almejada.[149]

Nesse sentido, a ordem jurídica pode e deve balizar o emprego dos meios do poder de polícia, porém, à necessidade de manter a ordem pública compete indicar as medidas de seu emprego dentro desses limites, em termos de oportunidade, conveniência e conteúdo[150], em atenção, primeiramente, à proporcionalidade da medida[151].

A proporcionalidade sujeita-se, antes de tudo, à própria lei, que ditará os limites da medida policial. Em sua atividade de polícia, a Administração Pública estará pautada, destarte, além dos limites constitucionais, mormente de proporcionalidade, nos próprios ditames do Legislador[152].

E não só isso. Os limites impõem-se, por fim, ao Legislador, que ao estabelecer normas gerais de polícia deverá se orientar pelos critérios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito[153]. Nesse aspecto, as leis que se voltem à proteção da garantia de ordem pública deverão apresentar medidas interventivas que sejam aptas aos fins pretendidos, e, ao mesmo tempo, necessárias, em termos de utilidade, aos objetivos perquiridos e de menor onerosidade ao indivíduo, em homenagem, uma vez mais, ao princípio da proporcionalidade e, sobretudo, aos direitos fundamentais.

Nesse ínterim, é defeso ao legislador que imponha regras desproporcionais a serem cumpridas pelos indivíduos em prol de uma pretensa garantia de ordem pública. As medidas abarcadas pela norma devem estar em sintonia com os fins que lhe deram ensejo, não sendo razoável ou proporcional que sobre o cidadão recaia ofensa maior do que aquela que seja necessária para a consecução dos objetivos traçados pela lei.

Diante disso, conclui-se que, se o Estado e a sociedade mudaram, inserida a ordem pública nesse contexto, o certo é que estará, também, sujeita a mudanças[154]. Voltando-se ao texto constitucional e à nova ordem democrática brasileira, mantém seus traços característicos de restrição da liberdade e da propriedade em

149. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Op. cit., p. 129.

150. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito... Op. cit., p. 80.

151. MAYER, Otto. Op. cit., p. 31.

152. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 199.

153. ALFLEN, Pablo Rodrigo. Garantia da ordem pública e violação ao princípio da proporcionalidade. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. n. 73, v. 13, 2012, p. 49.

154. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 182.

prol dos interesses da coletividade, todavia, pautada, agora, pelos princípios e valores centrais do ordenamento jurídico.

Sob essa ótica, há uma linha insuscetível de ser ignorada, a qual representa a junção entre o poder restritivo da Administração e a intangibilidade dos direitos assegurados aos indivíduos. Atuar aquém dessa linha é renunciar, ilegitimamente, a poderes públicos, agir além dela, de outro lado, representa arbítrio e abuso de Poder[155].

Com base nos valores esposados pela Constituição da República, confere-se, desse modo, um novo olhar ao exercício estatal de preservação da ordem pública voltado à restrição das liberdades individuais. Afasta-se a conotação de que se revestia o conceito no Estado absolutista, revelando, atualmente, em sua essência, o respeito aos direitos fundamentais e à democracia, em conformidade com os deveres desencadeados pela legalidade e pela proporcionalidade[156].

Nesse contexto, o indivíduo e suas liberdades devem ser reconhecidos como valores fundamentais, não se deixando de lado, entretanto, a busca por uma situação de convivência pacífica que funcione justamente como condição para a existência segura desses direitos[157]. Por tal razão, em cada caso de colisão com a ordem pública, deverá ser encontrado o limite proporcional de restrição dos direitos fundamentais, a fim de permitir, com isso, a máxima realização de ambos os bens jurídicos tutelados, preservando-se, portanto, seu núcleo essencial[158].

CONCLUSÃO

A liberdade de reunião, vista como um direito fundamental resguardado em sede constitucional, no rol do art. 5º, XVI, da Constituição da República, e no art. 23, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, cuida-se de norma indispensável à efetivação da democracia. Ao lado da liberdade de manifestação, vinculado, por seu núcleo essencial, às faculdades de reivindicação e protesto, remonta o direito de reunião a elementos que fazem parte de uma sociedade livre, constituindo-se, por isso, pressuposto básico ao exercício da cidadania e à concretização dos demais direitos fundamentais no cerne social.

Nesse sentido, em que pese alçado à posição jurídica de liberdade *prima facie,* traçou-lhe o constituinte alguns limites que deverão ser observados em seu exercício, de modo que esse transcorra sem maiores impedimentos. O direito

155. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 85.
156. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 569.
157. FIORINI, Bartolome A. Poder... Op. cit., p.150-151.
158. SCHIRATO, Vitor Rhein. Op. cit., p. 37.

de reunião deverá atender a fins pacíficos, vedando-se o porte e uso de armas e exigindo-se o prévio aviso à autoridade competente. Cuida-se de proteção que entendeu a Lei Maior ser suficiente e necessária à plena efetivação de referido direito fundamental.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Apuntes sobre la exigibilidad de los derechos sociales*. In SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

______. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Garantia da ordem pública e violação ao princípio da proporcionalidade*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. n. 73, v. 13, 2012.

AQUINO, Kleber Leyser de. *Máscaras em manifestações públicas. Disponível em:* < http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,mascaras-em-manifestacoes-publicas-imp-,1123709 > . Acesso em: 05 de dez. 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo.* Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BARBOSA, Ruy. *O direito de reunião.* Revista dos Tribunais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, n. 26, v. 7, 1918.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional.* In BARROSO, Luís Roberto (Coord.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. *Liberdade de expressão e manifestações populares no âmbito democrático*. Boletim IBCCrim. São Paulo: Boletim IBCCrim. v. 21, n. 249, ago., 2013.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.* 3. ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração.* Salvador: Jus Podvim, 2008.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DELGADO, José Augusto. *A ordem pública como fator de segurança*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. n. 584, v. 73, 1984.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2014.

FILOCRE, Lincoln D'aquino. *Revisita à ordem publica*. Revista de Informação Legislativa. n. 184, v. 46, 2009, p. 133.

FIORINI, Bartolomé A. *Derecho administrativo.* Tomo II. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1976.

______. *Poder de polícia*. 2. ed. Buenos Aires: Editora Alfa, 1962.

FOLHA de São Paulo. Entenda o que é o 'Black Bloc' presente nas manifestações. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/07/1309858--entenda-o-que-e-o-ativismo-black-bloc-presente-nas-manifestacoes.shtml>. Acesso em: 06 de dez. 2014.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Direito de reunião pacífica na Constituição Federal*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 61, v. 15, 2007.

FUX, Luiz. *O direito de reunião na Constituição Federal de 1988*. In BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). A Constituição de 1988 na visão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: edição comemorativa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2013.

GORDILLO, Augustín. *Tratado de Derecho Administrativo: La defensa del usuário y del administrado*. Tomo 2. 5a. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 2003.

HARVEY, David. *A liberdade da cidade.* In MARICATO, Ermínia (Coord.). *Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso *de direito administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LAZZARINI, Álvaro. *A ordem constitucional de 1988 e a ordem pública*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n. 115, v. 29, 1992.

______. *Polícia de manutenção da ordem pública e a justiça*. In LAZZARINI... et al. Direito Administrativo da Ordem Pública. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LIMA, Venício A. de. *Mídia, rebeldia urbana e crise de representação.* In MARICATO, Ermínia (Coord.). *Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2013.

MAIOR, Jorge Luiz Solto. *A vez do direito social e da descriminalização dos movimentos sociais.* In MARICATO, Ermínia (Coord.). *Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil.* 1. ed. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2013.

MARCOS Rolim. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/pactoSanJose.pdf>. Acesso em: 03 de dez. 2014.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Depalma Buenos Aires, 1950.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Polícia de Manutenção da Ordem Pública e suas atribuições*. In LAZZARINI... et al. Direito Administrativo da Ordem Pública. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MELLO FILHO, José Celso de. *O direito constitucional de reunião*. Justitia. São Paulo: Procuradoria Geral da Justiça, n. 98, v. 39, 1977.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Administrativo da Segurança Pública*. In LAZZARINI... et al. Direito Administrativo da Ordem Pública. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_______. *Revisão Doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano 25, n. 97, 1988.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *A teoria das restrições dos direitos fundamentais.* Revista de direito constitucional e internacional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, Ano 17, n. 69, out-dez/2009.

MOVIMENTO Passe Livre – São Paulo. *Não começou em Salvador, não vai terminar em São Paulo.* In MARICATO, Ermínia (Coord.). *Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil.* 1. ed. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2013.

NEDER, Gizlene. *Da "ordem pública" à "segurança pública": aspectos ideológicos das estratégias de controle social no Brasil*. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez Informação, n. 20, v. 5, 2005.

PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Princípios de derecho administrativo*. 2a. ed. v. 2. Madrid: Iustel, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.

PEREIRA, José Matias. *Manifestações sociais e os cinco pactos nacionais propostos pelo governo. Desdobramentos democráticos para o Brasil*. Consulex Revista Jurídica. Brasília: Consulex, Ano XVII, n. 396, jul. de 2013.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 27a. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

RIVIERO, Jean. *Direito administrativo.* Coimbra: Almedina, 1981.

ROLLAND, Louis apud FILOCRE, Lincoln D'aquino. *Revisita à ordem publica*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal n. 184, v. 46, 2009.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil.* São Paulo: Saraiva, 1957.

SAKAMOTO, Leonardo. *Em São Paulo, o Facebook e o Twitter foram às ruas.* In

MARICATO, Ermínia (Coord.). *Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SECCO, Lincoln. *As jornadas de junho.* In MARICATO, Ermínia (Coord.). *Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

______. *Comentário Contextual à Constituição.* 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

______. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA, Leila Maria Bittencourt da. A *defesa do Estado e a ordem pública*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, n. 379, v. 101, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Os direitos fundamentais como condições para a cooperação na deliberação democrática*. Ajuris. Porto Alegre: Ajuris. n. 110, v. 35, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

TÁCITO, Caio. *Poder de polícia e polícia do poder*. In LAZZARINI... et al. Direito Administrativo da Ordem Pública. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

______. *Temas de direito público*. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VIEIRA, Isabela. *Cabral: comissão que investigará vandalismo em manifestações é resposta à sociedade.* Disponível em: <http://www.ebc.com.br/brasil/2013/07/cabral-comissao-que-investigara-vandalismo-em-manifestacoes-e-resposta-a-sociedade>. Acesso em: 21.11.2014.

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: PORTADORES DE PSICOPATIA

LANE DIAS RIBEIRO[159]

INTRODUÇÃO

A natureza e o objetivo deste trabalho enfocam a questão dos Direitos e garantias constitucionais dos Portadores do Transtorno da Psicopatia, especialmente, nos desafios que o judiciário enfrenta, devido a falta de lei específica para os psicopatas. O tema vem gerando discussões entre a Psiquiatria e os Juristas, com relação ao psicopata ser ou não doente mental, se existe ou não a possibilidade de tratamento e cura da psicopatia

Tem por objetivo analisar os psicopatas que são atestados como inimputáveis e semi-imputáveis e os casos de psicopatas que, por não possuírem atestado de sanidade mental, ou, mesmo que possua, não são declarados com o transtorno, cumprindo, assim, a pena em cadeia comum; a ineficácia das medidas de segurança e da legislação penal brasileira aplicada aos psicopatas; a possibilidade de criação de uma legislação, principalmente no ramo criminal, que contemple apenas o psicopata, com a contribuição da Psicologia e Psiquiatria, para que não seja o transtorno tratado apenas como questão de saúde mental, bem como, abranger as questões criminais e de ordem pública.

Justifica-se, também, pelo legislador, na criação de norma específica para a psicopatia, não deixar de observar as normas constitucionais, tais como o Princípio da Presunção da Inocência, que significa dizer, que não podemos fazer um pré-julgamento de que o condenado vá cometer outro crime, além, do que, não existe prisão perpétua no Brasil.

1. ANÁLISE DA PSICOPATIA À LUZ DO DIREITO PENAL

159. Bacharel em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. Advogada. Email: lanyribeiro@gmail.com

1.1. O Instituto da Culpabilidade

O conceito de culpabilidade é "o juízo de censura reprovabilidade que se faz sobre a conduta típica e ilícita do agente." (GRECO, 2012, p.89).

Por outro lado, só existe culpabilidade se o agente, dependendo das suas condições psíquicas, à época do fato, "podia estruturar sua consciência e vontade, de acordo com o direito (imputabilidade);" (MIRABETE, 2006, p.91).

Sendo assim, a culpabilidade de fato, adotada pela doutrina majoritária, consiste no sentido de que "a censura deve recair sobre o fato praticado pelo agente, isto é, sobre o comportamento humano." (MIRABETE, 2006, p.324).

1.2. Imputabilidade, Semi-Imputabilidade e o Inimputável

A imputabilidade é a possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente. (MIRABETE, 2006, p.385).

Sendo assim, percebemos que o artigo 26 do Código Penal Código Penal adotou o critério biopsicológico para classificar a imputabilidade. Assim, a natureza jurídica da imputabilidade é uma das causas de excludente da culpabilidade, "afastando o juízo de reprovabilidade da conduta praticada e, portanto, a pena." (DELMANTO, 2010, p.180).

No entanto, nos casos de psicopatia, se o agente é declarado inimputável, não será condenado, mas sim, absolvido.

Contudo, cabe, ao perito, neste tipo de situação, classificar o tipo de indivíduo com o qual se está lidando, para que a justiça, então, possa "por meio de medida detentiva de segurança, mantê-lo longe da sociedade." (DELMANTO, 2010, p.182).

Acerca da semi-imputabilidade, esta é "a redução da capacidade de compreensão e vontade, não exclui a imputabilidade." (PAZZANESE, 2008).

Todavia, observamos que há uma grande dificuldade para o Direito Penal brasileiro classificar o psicopata como imputável ou semi-imputável.

A consequência da declaração de semi-imputabilidade do agente para a imputabilidade é que, a semi-imputabilidade não exclui a culpabilidade, apenas diminui, reduzindo-se, assim, a pena de 1/3 a 2/3, ou imposição de medida de segurança, mas a sentença continuará sendo condenatória, em conformidade com o artigo 96 do CP. Vai depender de laudo de sanidade mental do acusado, dependendo do seu grau de perturbação, o juiz deverá diminuir a pena. (SABINO, 2009).

1.3. Aplicabilidade da Legislação Brasileira nos Casos de Psicopatia

A psiquiatria, unanimemente, vem desenvolvendo a tese de que o psicopata possui consciência dos seus atos. Esta teoria aproxima-se do Direito em matéria de culpabilidade, como forma de responsabilizar o indivíduo de acordo com a sua compreensão acerca da sua conduta.

No entanto, quando declarada a psicopatia, podemos dizer que o psicopata entende o que é crime, possuindo capacidade cognitiva preservada, mas poderá não controlar seus estímulos à prática criminosa.

Por outro lado, encontramos divergências na jurisprudência acerca do tema, pois, muitos são declarados semi-imputáveis enquanto outros são vistos como inimputáveis ou imputáveis.

1.4. Das Medidas de Segurança

A finalidade das medidas de segurança é prevenir que o inimputável ou semi-imputável que demonstra potencial para o cometimento de novos delitos não volte a cometer outros delitos. (CAPEZ, 2011, p.467).

O Código Penal Brasileiro vigorante adotou o sistema vicariante, ou seja, se tornou impossível a aplicação da pena cumulada com a medida de segurança. No caso dos inimputáveis será aplicada a medida de segurança e aos semi-imputáveis, aplica-se a pena ou a medida de segurança, não se pode cumular. (CAPEZ, 2011, p.467).

No entanto, a periculosidade do agente, no caso do inimputável, é presumida, ou seja, se o laudo atestar a perturbação mental, a medida de segurança será imposta obrigatoriamente. Já na semi-imputabilidade, a periculosidade é real, depende de constatação do juiz, ou seja, mesmo que o laudo ateste a falta de saúde mental, dependerá de investigação para avaliar se seria o caso de aplicar a pena ou a medida de segurança, no caso concreto. (CAPEZ, 2011, p.468).

1.5. Das Espécies de Medidas de Segurança

Acerca das modalidades de medidas de segurança, existem duas classificações: a detentiva e a restritiva, ambas previstas no artigo 97, do Código Penal.

A medida de segurança detentiva é a internação do agente nos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, possuindo algumas características elencadas no art. 176 da LEP.

Na medida de segurança detentiva, a desinternação será condicional e a situação anterior do agente deverá ser restabelecida, se este, antes do período de

um ano, pratique fato que indique a sua periculosidade, não necessitando que o fato seja um crime. (CAPEZ, 2011, p.468).

De acordo com o artigo 99 do CP, o agente será recolhido em estabelecimento com características hospitalares, submetido a tratamento, e, na falta de vagas ou caso não haja este tipo de estabelecimento, a internação deverá ser feita em hospital comum ou particular, tendo o STF já se manifestado acerca do hospital particular, não devendo o agente ser mantido em cadeia pública. Sendo assim, a manutenção do réu que teve como sanção a medida de segurança em estabelecimento inapropriado por inexistência de vaga em hospital, constitui constrangimento ilegal. (CAPEZ, 2011, p.468-469).

O critério a ser utilizado para a fixação do prazo mínimo será de acordo com o grau de perturbação do agente e conforme a gravidade do delito. Neste caso, recomenda-se cautela ao liberar ou desinternar o sujeito que possui periculosidade.

A liberação do sujeito na medida restritiva, também, será condicionada, seguindo os mesmos ritos da detentiva.

No caso do psicopata, o sistema aplicado será o vicariante, ou seja, ou o juiz reduzirá a pena de 1/3 a 2/3, ou substituirá por medida de segurança. Porém, a sua decisão deverá ser fundamentada, sendo determinada, somente, se o juiz entender ser cabível, sendo neste caso, obrigatória a redução da pena, nos moldes do artigo 98, do CP. (CAPEZ, 2011, p.469).

Frisa-se que, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) possui entendimento de que é possível substituir a pena por medida de segurança, por meio de recurso de apelação, mesmo que esta seja requerida pela defesa, não cabendo a aplicação da Súmula 525 do Supremo Tribunal Federal (STF), que diz que não se aplicará a medida de segurança em juízo “ad quem” (em segunda instância), quando só a defesa tenha recorrido. (CAPEZ, 2011, p.469).

Contudo, a Súmula do STF foi editada antes da reforma da parte geral do Código Penal, subsistindo apenas para vedar a reforma, especificamente, para a medida de segurança. (CAPEZ, 2011, p.471).

Frisa-se, ainda, que na visão de Fernando Capez (2011, p.471), não cabe medida de segurança aos menores de 18 anos, pois, estes, se submetem à Lei 8.069/90, que trata do Estatuto da Criança e do Adolescente, e, sua revogação obedece aos requisitos do artigo 176, da Lei de Execuções Penais (LEP), Lei nº 7.210/84, quando cessa a periculosidade, sendo competente o juiz da execução e não mais a segunda instância, ficando, então, revogado o artigo 777, do CPP.

Ainda, sobre a medida de segurança, está sujeita a prescrição, sendo inadmissível a aplicação provisória da medida, não havendo base legal que a regule. Sendo assim, a Lei 7209/84, alterou o Código Penal, revogando os dispositivos dos artigos 378 e 380 do CPP, que tratavam da medida de segurança. Acerca da conversão da pena em medida de segurança, esta é possível caso ocorra perturbação da saúde mental do condenado, de acordo com o artigo 183 da LEP, sendo o juiz autorizado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou de autoridade administrativa, a converter a pena privativa de liberdade em medida de segurança, ocorrendo, enquanto não acabar a periculosidade do agente, somente, durante o prazo do cumprimento da pena, de acordo com perícia médica, não ultrapassando o tempo de duração do restante da pena. Encerrando-se o cumprimento da pena, havendo necessidade de tratamento, o condenado deverá ser encaminhado ao juízo cível, para que se cuide de sua interdição, conforme o artigo 682, parágrafo 2º, do CPP. (CAPEZ, 2011, p.472).

1.6. O Psicopata em Cumprimento da Sanção Penal

Temos como uma problemática, casos concretos de psicopata, como por exemplo, o do Francisco da Costa Rocha, o Chico Picadinho, que foi condenado a 30 anos de prisão, por assassinar e esquartejar uma mulher, cumprindo apenas 1/3 da pena e foi posto em liberdade. Passados 10 anos, reincidiu.

A pena expirou em 1998, mas, a justiça ainda mantém Picadinho preso, baseando-se nos laudos de exame de cessação de periculosidade, em que, corre grande risco de que venha a cometer o mesmo crime caso saia da prisão e Picadinho encontra-se interditado, não possuindo "condições de gerir sua vida civil, sem representar ameaça à sociedade, haja vista as características de transtorno mental descritas." (FARIA, 2010).

O advogado e curador de Picadinho entende que, o procedimento adotado pela justiça é absurdo e diz que trata-se de "pena perpétua e isso não existe em nosso ordenamento jurídico."

Diante do caso de Picadinho, podemos observar garantias constitucionais violadas, principalmente, no sentido da liberdade, de não haver prisão perpétua no Brasil, não podendo a pena ser cumprida por mais de 30 anos.

A psiquiatria questiona, ainda, acerca do tratamento dado nos ambulatórios ou nos hospitais de custódia, onde a aplicação da sanção é prevista para o tipo de crime praticado ao invés de depender "do quadro médico apresentado." (MORANA, 2006).

A medicina informa que o transtorno de psicopatia não tem cura. O máximo que pode ser feito é um tratamento com o portador, no sentido de ele controlar seus impulsos para que não volte a delinquir.

2. OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO E OS DESAFIOS DO JUDICIÁRIO

Os direitos e garantias fundamentais estão elencados no art. 5º e incisos da CRFB, que aborda, também, os direitos e deveres individuais e coletivos.

Sendo assim, temos o Princípio da Isonomia no caput do art.5º da Carta Magna que menciona que todos são iguais perante a lei, sem que haja distinção de qualquer natureza, dando garantias amplas aos indivíduos no que tange a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, igualdade, à segurança e à propriedade.

Com relação aos psicopatas, o judiciário brasileiro enfrenta muitos desafios para tentar amenizar os conflitos e os transtornos que os mesmos causam, principalmente, aqueles que cometem os crimes mais bárbaros, como por exemplo, homicídios com requintes de crueldade.

De acordo com a visão médica e jurídica, o psicopata passou a ser visto como uma questão de ordem pública, devido ao seu potencial de periculosidade. (MACEDO, 2006).

Na esfera Cível, temos um Decreto, cuja finalidade consiste em dar assistência e proteção ao psicopata, lhes proporcionado, assim, tratamento médico e proteção legal, e, social, contribuindo para a higiene psíquica e prevenção de doenças mentais. Porém, são campos mais voltados à esfera cível, não dispondo de medidas específicas acerca de crimes cometidos pelos portadores do transtorno da psicopatia na esfera penal. (BRASIL. Decreto 24.559, 1934).

Desde então, o psicopata vem sendo visto, apenas, como uma questão de saúde mental. Sendo assim, não há um interesse dos legisladores em criar uma tipificação específica para os psicopatas no Código Penal, muito menos em criar uma legislação que siga o pensamento e a preocupação da psiquiatria, que questiona acerca da ineficácia do tratamento dado por nossa legislação ao psicopata.

Por essas e outras razões é que o judiciário enfrenta grandes desafios, pois, nem sempre, pode-se ter um diagnóstico preciso acerca do indivíduo portador de psicopatia, pois, o psicopata pode manipular até mesmo o especialista que o avalia.

Sabemos que, de acordo com o artigo 75 do CP, ninguém pode cumprir pena de prisão por mais de 30 anos. No entanto, há um debate pela Comissão de Juristas criada pelo Senador Sarney, em que foi aprovada no dia 11 de maio de 2012,

proposta que aumenta em dez anos o limite de cumprimento de penas de prisão, ou seja, de 30 passará a 40 anos. (MENDANHA, 2012).

De acordo com o Código Penal vigente, se o agente vier a rescindir, ou seja, cometer outro crime, havendo nova condenação, suas penas serão somadas e limitadas há 30 anos. Com a proposta a regra seria o cumprimento de 40 anos.

Esta proposta está sendo avaliada na possibilidade da criação do anteprojeto do novo Código Penal.

Por outro lado, o inciso XLVII, alínea "b", do art. 5º da CRFB, dispõe que não haverá penas de caráter perpétuo, ou seja, ninguém poderá sofrer aplicação de pena restritiva de liberdade acima de 30 anos, pois seria considerado como prisão perpétua.

Desta forma, há quem entende que a pena máxima prevista no Código Penal foi criada baseada nos costumes da época de sua elaboração, ou seja, na década de 40.

Diante disso, naquela época a expectativa de vida do povo não ultrapassava 40 anos, diferente dos dias atuais, onde a expectativa de vida beira os 80 anos de idade. (OLIVEIRA, 2015).

Daí a importância em discutir a questão de o psicopata não ser tratado apenas como uma questão de saúde mental, mas sim, quando este possui o entendimento do caráter de sua conduta, mesmo não dando importância se esta está em desacordo com a lei, possa responder pelos seus crimes, separadamente dos demais criminosos, com uma tipificação específica para tal.

Sabemos que, se o agente cumpriu a sua sanção, como o mesmo será acompanhando, para que não possa vir a cometer outros crimes, como vimos no caso do Chico Picadinho?

No entanto, questionamos qual será o acompanhamento a ser realizado com o portador de psicopatia, quando este vier a terminar de cumprir a sua sanção.

2.1. Divergência nos Julgamentos pelos Tribunais

No entendimento divergente dos tribunais acerca dos pedidos de liberdade propostos por portadores de psicopatia, temos decisões que indeferem o benefício da liberdade ou da progressão do regime aos condenados presos, por entenderem que estes, possuem periculosidade, apresentando grandes riscos para a sociedade se soltos.

O paciente Luiz Ferreira dos Santos impetrou Habeas Corpus nº 66437 PR (STF) em face de acórdão da Justiça do Paraná, a fim de obter o livramento condicional. Contudo, o laudo criminológico do condenado, consta que o mesmo é portador de psicopatia e os peritos aconselham que seja adotado um prazo maior para que eles possam melhor observar o seu comportamento.

Ao julgar o Habeas Corpus, o STF entendeu que, devido ao fato do condenado possuir personalidade psicopática, não seria recomendado o seu livramento condicional, devido ao paciente apresentar anomalia psíquica, sendo temerária a sua liberdade, e não há garantias de que o condenado não volte a delinquir.

Já no caso de Odair Juvino Batista, denunciado pelos crimes de violação de sepultura e vilipêndio, no Habeas Corpus nº 6379 MS 2004.006379-2, o mesmo foi absolvido por ser considerado inimputável, sendo condenado a cumprir medida de segurança de internação, pelo prazo máximo de três anos, em hospital psiquiátrico.

Batista desenterrou um corpo de uma senhora recém falecida e enterrada e praticou sexo com o cadáver, deixando o corpo exposto após terminar o ato.

O caso gerou grande repercussão, pois o réu cometeu o delito em Coxim, pacata cidade, no Mato grosso do Sul e, com isso, os familiares e amigos da vítima ficaram revoltados, ameaçando a própria integridade do acusado.

Batista alegou, ainda, com fundamentos no artigo 648, I, do CPP, o qual dispõe que, ninguém será mantido preso além do tempo fixado na sentença, afirmando já ter cumprido a sua sanção pelo prazo máximo imposto na lei, que é de três anos.

Ainda, de acordo com o acórdão, na sentença constou um trecho da declaração dada pelo acusado ao psiquiatra, onde foi possível constatar sua perturbação mental: "sinto muita doidura na cabeça, pensamento ruim que fica martelando na cabeça de me matar, de matar os outros." No entanto, diante da afirmativa do acusado, foi possível constatar o grau de periculosidade de Batista, que tem pensamentos suicidas ou homicidas.

O exame psiquiátrico realizado em Batista atestou sua perturbação mental, ou seja, sua psicopatia. Diante disso, a decisão indeferiu o pedido de Habeas Corpus, mantendo o condenado em cadeia pública, até que se achasse vaga em manicômio judicial, fundamentando na necessidade de garantia da ordem pública, uma vez, que, além de o condenado não possuir condições de conviver em sociedade, corria o risco de Batista ser linchado.

Neste caso, é possível analisar que, por falta de vaga em manicômio judicial, o agente cumpre pena em cadeia pública, o que é considerado constrangimento ilegal pelo STF.

A Corte entende que, na falta de vaga em estabelecimento apropriado, o mesmo teria que cumprir a sanção em hospital particular. Sendo assim, encontramos divergências, somando, assim, para mais um dos grandes desafios do judiciário. Neste caso, o tribunal não considerou o caso como constrangimento

ilegal, contrariando o entendimento do STF, conforme vimos no capítulo anterior, quando falamos das medidas de segurança.

2.2. A Ineficácia da Legislação Brasileira nos Casos de Psicopatia

Entendemos que a medida de segurança, nos casos de psicopatia, tem o objetivo de tratar o doente. Porém, no decorrer desse estudo, vimos que a psicopatia não tem cura. O portador de psicopatia, caso não seja diagnosticado com o transtorno, não poderá ter sua liberdade restringida por mais de 30 anos, que após o cumprimento, o psicopata deve ser reinserido na sociedade, devido a proteção dada pelo artigo 5º, XLVII, "b", da CRFB. (MOREIRA, 2011).

Contudo, restam dúvidas acerca de qual medida seria eficaz para a solução desse conflito. De um lado temos o psicopata, que dependendo do seu grau de periculosidade não pode conviver com a sociedade. Por outro lado, temos os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, que não permitem a prisão perpétua, interferindo no direito à liberdade. Ainda, temos o problema do psicopata como questão de saúde pública, onde não há uma política a ser discutida em conjunto com a medicina sobre o que poderia ser feito com o psicopata com grau elevado de periculosidade.

Sabemos que o art. 5º e incisos da CRFB são cláusulas pétreas, não passíveis de alterações. Sendo assim, devido à falta de legislação específica para os psicopatas, cada magistrado julga de acordo com o que tem, julgamentos estes, muitas das vezes divergentes, enfrentados pela falta de recursos na área da psicologia e psiquiatria forense, áreas tão importantes para o auxílio ao magistrado nos casos de psicopatas.

Com o advento da legislação de reforma psiquiátrica, Lei 10.216, de 06 de abril de 2001, o artigo 5º dispõe acerca de uma política específica para os pacientes que necessitem da continuidade do tratamento, que possuam grave dependência institucional devido a seu quadro clínico, o que demonstra ainda mais a necessidade de que haja uma maneira de controlá-los após o cumprimento da medida de segurança.

Atualmente, há diversos projetos de leis em trâmite na Câmara dos Deputados, com o intuito de alterar a Lei de Execução Penal acerca do exame criminológico e da psicopatia.

O PL 4500/2001, dispõe que, nos casos em que o cumprimento da pena for superior a 8 anos, a progressão do regime de execução da pena restritiva de liberdade poderá ocorrer, somente, após o preso cumprir pelo menos 2/5 ou 3/5 se este for reincidente. Caso o exame criminológico seja impossível de ser

realizado, o juiz poderá ou não ouvir profissionais da área médica para analisar a possibilidade de concessão ou não do livramento condicional.

O PL 6858/2010, dispõe com mais clareza acerca do psicopata, estabelecendo a criação de comissão técnica, autônoma da administração prisional, criando a possibilidade da realização do exame criminológico do condenado à pena restritiva de liberdade.

Atualmente, todos os projetos se encontram apensados aguardando apreciação do Plenário.

CONCLUSÃO

No presente estudo, abordamos acerca do tratamento diferenciado aos portadores de psicopatia.

Por se tratar de um tema extremamente complexo, foi necessário enxugar o tema e abordar um pouco acerca da psicopatia à luz do direito penal, fazendo um breve passeio ao conceito de culpabilidade, imputabilidade, semi-imputabilidade e o imputável. Foi abordado, também, as questões de aplicabilidade da legislação brasileira nos casos de psicopatia, das medidas de segurança e suas espécies, relacionando o psicopata em cumprimento da sanção penal.

Sendo assim, na segunda parte, o trabalho buscou frisar sobre os direitos e garantias fundamentais do indivíduo à luz do art. 5º e incisos da CRFB, bem como, os desafios do judiciário no que tange ao julgamento de crimes cometidos pelos psicopatas. Vimos que, de acordo com a medicina, muitos possuem consciência de seus atos, não sendo considerados como doentes mentais.

Analisamos, também, quais são as providências tomadas pela justiça, estudando as medidas de segurança, buscando entender a sua eficácia, encontrando na doutrina entendimento de que estas não são satisfatórias e não servem como punição aos portadores de psicopatia.

Vimos, ainda, na segunda parte do estudo que há divergências dos tribunais acerca de pedidos de liberdade propostos por portadores de psicopatia, decisões estas, que indeferem o benefício da liberdade ou progressão do regime aos condenados presos, por entenderem que os condenados possuem grau elevado de periculosidade, onde apresentam grandes riscos para a sociedade se soltos.

Vimos, ainda, que a legislação brasileira é ineficaz nos casos de psicopatia, pois, o portador de psicopatia, dependendo do seu grau de periculosidade poderá ter sua liberdade restringida por mais de 30 anos, o que contraria norma constitucional e o prazo máximo de cumprimento de pena estipulado pelo Código

Penal. Contudo, podemos observar que restam dúvidas acerca de qual medida seria eficaz para a solução desse conflito. De um lado temos o psicopata, que dependendo do seu grau de periculosidade não pode conviver com a sociedade. Por outro lado, temos os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, que não permitem a prisão perpétua, interferindo no direito à liberdade. Ainda, temos o problema do psicopata como questão de saúde pública, onde não há uma política a ser discutida em conjunto com a medicina sobre o que poderia ser feito com o psicopata com grau elevado de periculosidade.

No decorrer do trabalho, observa-se que, há projetos de lei, com intuito de que sejam modificados alguns procedimentos legais acerca do tema em questão, mas, nem esses, se aprovados, serão capazes de suprir a necessidade da criação de uma nova norma acerca do assunto.

Sendo assim, concluímos que, há necessidade urgente de que seja criada uma lei, principalmente, criminal, que trate especificamente da psicopatia, de acordo com o grau de periculosidade do agente, pois, dependendo do grau e do caso em concreto, teríamos como classificar os psicopatas, de acordo com a sua perturbação mental, analisando, principalmente, os indivíduos mais perigosos, que, com certeza voltarão a delinqüir, como no caso de Chico Picadinho e tantos outros, que, por falta de laudo não foram detectados como portadores do transtorno. E ainda, lei esta, que classifique e distinga o indivíduo inimputável do semi-imputável, que possam ser acompanhados pela medicina, após o cumprimento de suas sanções, onde, mesmo havendo lei dispondo que ninguém ficará preso por mais de 30 anos, possa haver uma exceção para os portadores do transtorno, enquanto forem avaliados com periculosidade, devido ao perigo que representam para a sociedade, devendo haver, também, norma constitucional compatível aos casos de portadores de psicopatia.

Cumprimos alguns objetivos enunciados, mas, conforme mencionado há um consenso de que o psicopata é semi-imputável, porém, pudemos observar casos de omissão da psicopatia, tendo precedentes de julgados que declararam o psicopata como doente mental. Sendo assim, este não seria semi-imputável, mas sim inimputável, pois, uma vez que seja doente mental, não possui consciência de seus atos.

Contudo, uma vez o psicopata, preso em cadeia comum, ele pode manipular a todos, e, se possuir comportamento exemplar, sua pena é reduzida. Sendo assim, o que acontecerá com este indivíduo depois que cumprir a sua pena?

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.2016, de 06 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/ 10216.htm>. Acesso em: 06.jun.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 525. A Medida de segurança não será aplicada em segunda instância, quando só o réu tenha recorrido. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=525.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em 06.jun.2014.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, vl.1, (arts. 1º a 120). 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

COMISSÕES. Comissão de Juristas. Pena máxima no Brasil pode chegar a 40 anos na prática. Atualizado em 11.mai.2012. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/
noticias/materias/2012/05/11/pena-maxima-no-brasil-pode-chegar-a-40-anos-na pratica>. Acesso em: 02.jun.2014.

DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO, Roberto Junior, DELMANTO, Fabio M. de Almeida. Código de Processo Penal Comentado. 8.ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora saraiva, 2010.

ESTADÃO SP. Chico Picadinho já cumpriu 34 anos de pena. E continuará preso. Disponível em: <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,chico-picadinho-ja-cumpriu
-34-anos-de-pena-e-continuara-preso-imp-,613297>. Acesso em: 10.jun.2014.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 14.ed. Rio de Janeiro. Editora Impetus, 2012.

HUNGRIA, Nelson. Conferência realizada na Sociedade Brasileira de Criminologia, em 29/09/1942.

JUSBRASIL. STF - HABEAS CORPUS HC 66437 PR (STF). Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=PSICOPATA>. Acesso em: 06.jun.2014.

JUSBRASIL. TJ-MS - Habeas Corpus : HC 6379 MS 2004.006379-2. Disponível em: <http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3802174/habeas-corpus--hc6379/inteiro-teor-11987797>. Acesso em: 06.jun.2014.

MACEDO, Camila Freire. A evolução das políticas de saúde mental e da legislação psiquiátrica no Brasil. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8246/a--evolucao-das-politicas-de-saude-mental-e-da-legislacao-psiquiatrica-no-brasil>. Acesso em: 02.jun.
2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 24.ed.rev. e atual até 31 de dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2007.

MORANA, Hilda CP; STONE, Michael H, FILHO, Elias Abdalah. Transtornos da personalidade, psicopatia e serial killer. Revista Brasileira de Psiquiatria, vl.28, suppl.2. Saõ Paulo. Oct.2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-4446200600
0600005&script=sci_arttext>. Acesso em: 01.jun.2014.

MOREIRA, Felipe Duarte. A (in) aplicabilidade da medida de segurança aos indivíduos portadores de psicopatia. Monografia apresentada para conclusão do curso de Direito do Centro Universitário de Brasília, 2011.Disponível em: < http://repositorio.Uniceub.
br/bitstream/123456789/509/3/20741370.pdf.> Acesso em: 04.out.2016.

OLIVEIRA, Pedro Paulo. Maioridade penal x pena máxima no Brasil. Até quando o ser humano vai pelejar na busca da justiça e da liberdade?. Disponível em: <http://redator
nacional.jusbrasil.com.br/artigos/225709642/maioridade-penal-x-pena-maxima-no bra
sil>. Acesso em 08.out.2016.

PAZZANESE, Ronaldo. Qual a consequência da semi-imputabilidade? Disponível em: < http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/102052/qual-a-consequencia-da--semi-imputabili
dade-ronaldo-pazzanese?ref = home > . Acesso em: 01.jun.2014.

SABINO, Thais. Definir inimputabilidade é desafio para Direito penal. Disponível em: < http://amp-pr.jusbrasil.com.br/noticias/2072720/definir-inimputabilidade-e-desafio-para-direito-penal?ref = home > . Acesso em: 01.jun.2014.

DA APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE DIREITOS DECORRENTES DA CONSTRUÇÃO DE USINAS HIDRELÉTRICAS

Lorena Silva de Albuquerque[160]

INTRODUÇÃO

A afronta aos direitos indígenas pelo Poder Público não é tema inusitado na sociedade.

Sob muitos aspectos os direitos indígenas são tidos por afrontados, destacando-se a violação ao direito à saúde, o direito à educação, o direito às terras e o direito próprio de viverem livremente conforme suas tradições.

Uma das afrontas mais debatidas tem origem na construção de usinas hidrelétricas.

Tal medida é considerada pelo Poder Público essencial ao desenvolvimento econômico do país e integra um plano geral de crescimento econômico. Para os índios e ambientalistas em geral, no entanto, é medida que finda por trazer prejuízos ao meio ambiente e que afeta o modo de viver de alguns povos.

Considerando que tais medidas econômicas importam em afronta a direitos alegados pelos índios, justifica-se o presente trabalho na necessidade de se analisar se tais direitos são fundamentais e se há possibilidade de afronta pelo Poder Público.

De forma a se desenvolver o artigo, será realizada pesquisa em doutrina, Constituição Federal, legislação pátria e alguns documentos internacionais.

Primeiramente, será desenvolvido o conceito de direitos fundamentais e sua titularidade pelos povos indígenas. Posteriormente, será analisado se há possibilidade de se limitar tais direitos para, ao final, ser sugerida a aplicação da proporcionalidade no conflito entre princípios envolvidos na adoção de medidas como construção de usinas hidrelétricas.

---

160. Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Procuradora do Estado do Amazonas. Email: lorena_alb@hotmail.com

1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E TITULARIDADE PELOS INDÍGENAS

Os direitos fundamentais são designados princípios por José Afonso da Silva (2013, p.95) e qualificados como normas fundamentais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte.

Na lição de Ingo Sarlet (1998, p.32), o termo "direitos fundamentais" se aplica aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado.

A partir de tais lições, é possível concluir que os direitos fundamentais seriam aqueles direitos assim qualificados numa Constituição. São os direitos eleitos como essenciais para guiar aquele ordenamento jurídico específico, não possuindo uma qualificação de universal.

Os direitos fundamentais são costumeiramente classificados em dimensões.

Em sequência das lições de Sarlet, (1998, p.48) os direitos fundamentais de primeira dimensão consistem naqueles direitos de cunho negativo, vez que dirigidos a uma abstenção pelos poderes públicos, tais como o direito à vida, liberdade, propriedade, igualdade.

Os direitos de segunda geração possuem como nota distintiva uma dimensão positiva, pois não tem como objetivo evitar uma intervenção do Estado na esfera de liberdade individual.

Por fim, os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em principio, da figura do homem-individuo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, consequentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Exemplos seriam o direito à paz, à autodeterminação dos povos, meio ambiente, qualidade de vida, conservação e utilização de patrimônio histórico e cultural e direito de comunicação.

Cabe registrar que Bonavides (2000, p.525) faz o acréscimo de uma quarta dimensão, consistentes no direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

A Constituição Federal de 1988 destinou um título específico aos Direitos Fundamentais. Trata-se do Título II, denominado "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", nos quais inclusos cinco capítulos.

Seguindo a qualidade de ser uma constituição prolixa, foi bastante amplo o rol de direitos enquadrados neste título de direitos fundamentais. Assim, caso se

optasse por uma classificação formal dos direitos fundamentais, seu elenco seria bem variado.

Não bastasse isso, a Carta de 1988 trouxe a previsão de uma cláusula de abertura, no art.5, § 2º, ao estabelecer que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Conforme leciona Sarlet, (1998, p.75) tal previsão acabou por consagrar um conceito materialmente aberto, que indica que há direitos fundamentais em outras partes da Constituição Federal e inclusive em tratados internacionais.

Trata-se de uma cláusula de abertura inclusive mais ampla do que a inserta na Lei Fundamental Alemã, pois enquanto nesta seriam fundamentais os direitos previstos e passíveis de ser objeto de um remédio constitucional, na Constituição brasileira, são direitos fundamentais todos os decorrentes do regime e princípios adotados (ROCHA, 2015).

Os direitos envolvidos em medidas como construção de hidrelétrica são facilmente qualificados como fundamentais.

Dentre os direitos que poderiam ser invocados pelos povos indígenas, destacam-se o direito à vida, o direito à cultura e livre manifestação cultural.

O direito à vida é o mais elementar dos direitos fundamentais, vez que todos os demais direitos pressupõem um ser como destinatário.

Desta forma, aos índios devem ser disponibilizados os instrumentos para a possibilidade de vida, como terras, alimentos, além de garantido o distanciamento do que pode ceifar a vida, como envenenamento de rios etc.

Ganha bastante relevo no presente artigo o direito à cultura.

O Título VIII, capítulo III, Seção II da CF/88 disciplinou o tema Cultura.

Nos termos do art.215, *caput,* da Constituição Federal, o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

O §1° do supracitado artigo determina que o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

O patrimônio cultural, como conjunto de bens de valor cultural também foi disciplinado.

Foi constitucionalmente conceituado, no art.216, *caput*, como bens de natureza material e imaterial, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se

incluem as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais e os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

A respeito do tema, vale a menção aos ensinamentos de Feitoza (2012, p.43):

> "Para que melhor se explique, considere-se que somente pode ser considerado bem cultural aquele que simbolizar uma evocação, representação ou lembrança, sendo conclusivo que, tirante a materialidade da coisa erigida à condição de bem cultural, outra existe por uma vertente, que não é palpável nem material, mas imaterial ou mesmo psicológico, que emana de cada ser e converge para promover especial importância para determinado bem, alando-o à condição de cultural. A importância maior do bem está aí, na maioria das vezes, não na coisa em si, mas na lembrança que ocasiona"

A proteção da cultura, no entanto, ultrapassada a previsão da Seção II, na qual inclusa a proteção da cultura de forma genérica e do patrimônio cultural.

Tal proteção também tem como fonte a previsão do art. 1°, III, de que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Constitui, ainda, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme art. 3°, IV, da Carta Magna.

Ainda em termos de Constituição federal, determina o art.5° da CF/88 que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias, além de ser livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Não se pode olvidar, ademais, que em relação aos povos indígenas, há proteção ainda mais específica que as genéricas previstas na Constituição.

O art. 231, *caput*, da Carta Magna determinou que são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos

originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Somado a isto, o Estado Brasileiro assumiu compromissos internacionais de respeito aos direitos indígenas e que, considerando a cláusula de abertura da Constituição Federal, enquadram-se como direitos fundamentais.

Está submetido a documentos mais genéricos de proteção a direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos e Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e convenções mais específicas sobre direitos indígenas, dentre as quais a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre os Povos Indígenas e Tribais e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Assim, a proteção aos direitos fundamentais dos índios possui suporte na Constituição e documentos internacionais aplicáveis ao Brasil.

2 DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. DA APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE

Uma vez suscitado que medidas como construção de usinas hidrelétricas podem afetam direitos fundamentais de indígenas, caberia a seguinte indagação: É possível a afronta ao direito fundamental? Uma vez reconhecido um direito fundamental, seria possível ao Estado limitá-lo?

A resposta indagação perpassa pena análise da natureza das normas garantidoras de direitos fundamentais.

Neste ponto, ganha relevância a diferenciação adotada por Robert Alexy, pelo qual os direitos fundamentais podem ser protegidos por princípios ou regras, a depender de como se apresenta sua estrutura.

Segundo Alexy (2015, p. 90), o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São, por conseguinte, “mandamentos de otimização”, caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados.

As regras, por outro lado, são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas (ALEXY, 2015, p.91). Conforme explana, as mesmas contem determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.

Assim, a distinção entre regras e princípios não se em decorrência de relevância ou grau de generalidade. A diferenciação é estrutural e qualitativa.

A identificação do tipo de norma ganhar relevo na análise do respeito ao conteúdo essencial do direito fundamental. A forma de solução de casos concretos depende de tal diferenciação.

Segundo Alexy (2015, p.90), o conflito entre regras somente é solucionado se se introduz, numa das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se uma das regras for declarada inválida.

De modo diverso, o conflito entre os princípios envolve uma ponderação, um sopesamento entre os princípios envolvidos. Um dos princípios deve "ceder", sem que isto importe em declaração de sua invalidade ou inserção de regra de exceção.

O que ocorre é que, diante das situações postas, um princípio mereça um "peso maior" em detrimento do outro contraposto.

Uma forma de solucionar o conflito entre os princípios se dá pela aplicação da regra da proporcionalidade. Por meio da aplicação deste critério, será possível aferir se há uma fundamentação que justifique a intervenção.

Considerando-se a pouca relevância para o tema, não se adentrará na discussão de sua natureza de princípio, regra ou postulado normativo.

Ao tratar do tema do fundamento do dever de proporcionalidade, Humberto Ávila (1999) identifica uma deficiência na doutrina a respeito de tal matéria e leciona que a despeito da tentativa de localização na Carta Magna ou mesmo fundamentação no Estado Democrático de Direito, Direitos Fundamentais e, inclusive, unidade da Constituição, o mesmo não possui previsão explicitada CF/88 e resulta da estrutura das normas jurídicas da Constituição.

O dever de proporcionalidade surgiria da necessidade de solução de conflito de princípios, pois necessário verificar qual possui maior peso diante do caso concreto.

O mesmo é estruturado em três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Virgílio Afonso da Silva (2014, p.170) leciona que o elemento de adequação significa que a medida estatal que implica intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental deve ter por objetivo um fim constitucionalmente legítimo, que em geral é a realização de outro direito fundamental.

De forma a se analisar o preenchimento do requisito, indaga-se: a medida adotada é adequada a fomentar a realização do objetivo perseguido?

O elemento da necessidade importa na análise de conclusão de que a medida escolhida, dentre as disponíveis, é a medida menos gravosa em relação aos direitos envolvidos.

No elemento da necessidade há um exame comparativo, e um ato estatal que limita direito fundamental somente é necessário caso a realização de um objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido (SILVA, 2014, p.171).

Segundo Ávila, (2015, p.215) existiriam duas etapas de investigação. Primeiramente, haveria o exame da igualdade de adequação aos meios, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim. Posteriormente, seria realizado o exame do meio menos restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados.

O fato de uma medida ser adequada e necessária ainda não leva à conclusão de que a mesma é proporcional. Há, ainda, um terceiro elemento: a proporcionalidade em sentido estrito.

Para que a medida seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental.

Conforme Ávila (2015, p.217), a proporcionalidade em sentido estrito exige comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição dos direitos fundamentais. Deve-se responder à seguinte indagação: as vantagens são desproporcionais às desvantagens?

Uma vez se se conclua que há tal vantagem, a medida é considerada proporcional.

3 DA APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NA IMPLANTAÇÃO DE USINAS HIDRELÉTRICAS

Uma vez delimitada a estrutura da regra da proporcionalidade, faz-se necessária a aplicação ao caso em análise.

O presente artigo versa sobre a restrição a direitos fundamentais por meio de medidas como construção de hidrelétricas.

Primeiramente, indaga-se: qual o fundamento de tais construções?

A construção de usinas hidrelétricas integra o Programa de Aceleração de Crescimento (PAC) do governo federal.

As mesmas, então, são instrumentos de busca do desenvolvimento econômico, ao lado de medidas como expansão de rodovias e transposição de rios, o que em geral contribui para baratear custos e facilita escoamento de produção.

A geração de energia elétrica é um dos pilares de qualquer economia e o Brasil, privilegiado em sua natureza, não poderia deixar de explorar todo o seu potencial.

Ao lado da livre disposição dos rios, a geração de energia por hidrelétricas ainda teria a vantagem de ser considerada uma “energia limpa”, o que, observe-se, é questionado por cientistas.

Por outro lado, o que se tem observado em noticiários é que a construção de usinas hidrelétrica afetou demasiadamente direitos indígenas.

As usinas hidrelétricas trazem consigo graves impactos ambientais, tendo em vista seu mecanismo de funcionamento.

Para transformar a energia contida na correnteza dos rios em energia elétrica, as águas devem movimentar uma turbina e, esta um gerador que, por fim, irá gerar energia elétrica.

A construção da usina deve ocorrer em local onde possa existir um desnível de água, sendo que a água deverá ser armazenada em um reservatório (represa), para posteriormente passar pela turbina, fazendo-a girar.

Assim, há alagamento e alteração de fluxo de rio.

Tal procedimento acarreta perda da biodiversidade, pois alterada a composição e o curso d’agua, modificando o *habitat* dos animais.

As populações da região da construção da hidrelétrica são deslocadas e, ainda que haja compromisso de manutenção de mesmas condições de vida, tal objetivo dificilmente é alcançado.

Trata-se de grave infração as regras de respeito à vida e cultura dos povos indígenas.

Conforme exposto em tópico anterior, além das crenças, integra a cultura os diversos meios pelos quais os grupos empregam suas forças e obtém alimentação.

Protege-se a cultura quando se possibilita que os povos perpetuem sua forma de viver. Possibilita-se a perpetuação da forma de viver quando protegidos os meios que permitem tal continuidade. Quando se permite o acesso à agua para a permanência de busca de alimentos. Quando mantidas as terras para a prática de atividades de subsistência e reprodução de modos de vida, por exemplo.

Há de se observar, ademais, que o conjunto de práticas e valores integrantes da cultura de um povo está diretamente ligado à identidade do povo e autoafirmação do indivíduo perante a sociedade.

Uma vez demonstrado que a construção de usinas hidrelétricas fundamenta-se no desenvolvimento econômico e que, em contraposição, afronta direitos dos indígenas, caberia a indagação: é a medida proporcional?

De início, é importante observar que o presente trabalho não almeja chegar a uma conclusão exata de possibilidade ou não de construção de usinas hidrelétricas.

Como já exposto, no conflito entre direitos fundamentais é essencial a análise dos fatos concretos.

Temas que envolvem construção de hidrelétricas e impactos ambientais e culturais, além de benefícios econômicos, demandam pesquisa por cientista e economistas, de forma a permitir ao aplicador do direito o respaldo técnico para julgamento. O que se objetiva, frisa-se, é apontar a necessidade de se utilizar o critério da proporcionalidade na solução do conflito.

Para que se conclua pela proporcionalidade de uma medida faz-se necessária a análise dos três elementos (se presentes os antecedentes, é claro).

O primeiro elemento é a adequação.

Conforme já exposto anteriormente, para que se conclua que uma medida é adequada é necessário analisar se a mesma é apta a alcançar o objetivo perseguido.

Assim, a pergunta seria: as usinas hidrelétricas são medidas capazes de fomentar o crescimento econômico?

A resposta parece ser positiva, vez que os setores econômicos, como indústria, comércio, dependem de energia elétrica.

Uma vez ultrapassada a análise do primeiro elemento, faz-se necessário pesquisar se a medida é necessária.

Aqui, algumas divergências podem surgir.

O requisito da necessidade implica uma análise comparativa. Dessa forma, para a conclusão pela existência do elemento seria imprescindível perquirir acerca de existência de outras medidas que pudessem atingir o fim almejado de energia elétrica.

Ora, é de conhecimento geral que existem outras fontes de energia elétrica, como eólica, solar, termelétrica e nuclear.

Ao lado das hidrelétricas, é possível, por exemplo, a utilização de energia eólica ou solar ou solar, que não ocasionam os gravames da energia por hidrelétricas.

Para muitos, talvez o exame da proporcionalidade encerrasse já no segundo elemento.

Considerando-se tratar de indagação que envolve conhecimentos muito técnicos, seria possível a alegação de que a energia eólica, por exemplo, também trouxesse malefícios ao meio ambiente, ou mesmo, numa criada impossibilidade de sua utilização, visualizar a hidrelétrica menos gravosa que a energia termelétrica.

Caso se concluísse pela necessidade das usinas hidrelétricas, passar-se-ia ao último elemento: proporcionalidade em sentido estrito.

Neste ultimo elemento, é feito o sopesamento entre os princípios envolvidos.

O que deve prevalecer? O desenvolvimento econômico ou o direito à vida/ cultura dos povos indígenas?

Para a resposta à indagação, acredita-se não se deve ponderar somente números. Não se deveria comparar número de indígenas envolvidos em contraposição a todo o povo brasileiro, que se beneficiaria de energia e crescimento econômico.

Acredita-se deva haver um sopesamento de valores.

A não ser assim não teria razão de ser a proteção dos direitos indígenas, que numericamente são reduzidos em comparação com os demais membros da população brasileira.

Ainda que se olvidasse o valor da proteção em si, numa posição nada humanista, não de poderia ignorar a potencial lesão a todo o povo brasileiro com a extinção dos povos indígenas.

O conhecimento milenar agregado ao povo indígena possui valor inestimável. Os conhecimentos tradicionais possuem relevância impar na saúde, o que reforça a necessidade de um maior peso de tais direitos.

Em reforço à desproporcionalidade da medida, acrescenta-se que a construção de usinas hidrelétricas afeta igualmente outros direitos fundamentais, como direito ao meio ambiente, tendo em vista a degradação que acarreta.

Assim, pelo que se extrai do critério da proporcionalidade, a medida (construção de usinas hidrelétricas) somente não afetaria o direito fundamental dos povos indígenas, na hipótese de restar cientificamente comprovado que a construção era a alternativa menos gravosa e que os malefícios fossem extremamente reduzidos em face dos benefícios à economia e demais integrantes da população brasileira.

CONCLUSÃO

Os direitos indígenas não raramente são afetados por políticas públicas de desenvolvimento econômico do país.

Uma ação que afeta tais interesses é a construção de usinas hidrelétricas, tendo em vista o fato de afetar o meio ambiente e, consequentemente, meios de vida dos povos indígenas.

Defendeu-se no presente trabalho a necessidade de se aplicar o princípio da proporcionalidade, pois a medida adotada pelo estado acarreta conflito de direitos fundamentais.

Tal análise perpassaria pela aplicação dos três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Considerando a natureza da lide, concluiu-se que a análise da correção da construção de usinas hidrelétricas demandaria um amplo estudo técnico de vantagens econômicas e impactos negativos, para, após aplicação do critério da proporcionalidade, ponderar se seria justificável sua construção frente aos malefícios ocasionados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16ed.Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. *Revista de direito administrativo (215/151),* 1999.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas: vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de DireitoConstitucional**.10ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FEITOZA, Paulo Fernando de Britto. **Patrimônio cultural – proteção e responsabilidade objetiva**. Manaus: Editora Valer, 2012.

ROCHA, Paulo Victor Vieira da. **Definição e estrutura dos Direitos Fundamentais**. Revista de Direito Administrativo.v.268. Rio de Janeiro 117-151 jan/abril 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ed. Malheiros, 2014.

A *EQUAL PROTECTION OF LAW* NA JURISPRUDÊNCIA DOS EUA: O CASO BROWN V. BOARD OF EDUCATION

Natalia Costa Polastri Lima[161]

INTRODUÇÃO

Considerando serem os Estados Unidos da América um país marcado por uma conhecida luta histórica em busca da igualdade racial, a qual foi, inclusive, retratada em diversos filmes norte-americanos, propôs-se como objeto da pesquisa o instituto da *equal protection of law*, campo de análise utilizado para estudar aspectos do sistema *Common Law* norte-americano.

O objetivo da presente pesquisa é analisar a mudança na evolução jurisprudencial da *equal protection of law,* a partir de um caso judicial emblemático levado à *Supreme Court* dos EUA no período histórico pós Emendas XIII, XIV e XV da Constituição daquele país.

O desenvolvimento do trabalho dar-se-á da seguinte forma: inicialmente, tratará do instituto da *equal protection of law*. Assim, será feito um breve percurso histórico sobre a questão racial, tendo como importante marco a Guerra Civil e a promulgação das emendas constitucionais supracitadas, relacionando os sistemas jurídico, social e político.

Ainda, buscará traçar breve evolução jurisprudencial da *equal protection of law* introduzindo em seus respectivos contextos históricos-sociais os casos *Dred Scott* v. *Sandford* (1857), *Plessy* v. *Ferguson* (1896) e *Brown* v. *Board of Education* (1954), que, por serem alguns dos mais emblemáticos e abrangerem quase um século de história, permitem uma análise das proporções da referida evolução na sociedade e na política, bem como de alguns resultados atingidos por ela.

Por fim, aprofundará o estudo sobre o caso *Brown* v. *Board of Education*, por ser de maior relevância na luta pela igualdade racial nos EUA e, talvez, o principal precedente no âmbito da *equal protection of law*.

---

161. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa de Teorias Constitucionais Contemporâneas da Universidade Federal Fluminense (UFF). Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogada no Rio de Janeiro.

1. A EQUAL PROTECTION OF LAW NOS EUA: A QUESTÃO RACIAL

Faz-se necessário, neste primeiro momento, delimitar que foi escolhido, na presente pesquisa, um direito específico como exemplificação do tratamento das demandas dentro do sistema *Common Law* dos EUA.

Os limites foram estabelecidos através da busca por um foco que permitisse um estudo empírico do sistema de direitos norte-americano, bem como que bem representasse a interação dos ordenamentos jurídico, social e político nele.

Assim, diante da notória importância da questão racial, em suas multifaces, nos Estados Unidos da América, país marcado por uma luta histórica para concretização da igualdade de raças, o corte de análise será a evolução da *equal protection of law* na jurisprudência deste país, com seus vieses sociais e políticos. Referida cláusula de igual proteção representa a constitucionalização do direito individual à igualdade, que, de acordo com Ronald Dworkin, se desdobra em dois tipos de direitos:

> O primeiro é o direito a *igual tratamento* (*equal treatment*), que é o direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo. Todo cidadão, por exemplo, tem direito a um voto igual em uma democracia; [...] O segundo é o direito ao *tratamento como igual* (*treatment as equal*), que é o direito, não de receber a mesma distribuição de algum encargo ou benefício, mas de ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa. (2010, p. 349-350).

Nesse passo, importa dizer que a igualdade é basilar para se construir o significado de justiça. John Rawls (2002) desenvolve a teoria da justiça de "justiça como equidade". Segundo o teórico, que utiliza a teoria do contrato social de Locke, Rousseau e Kant, o contrato original de uma sociedade tem como objeto os princípios da justiça que devem basear a sua estrutura social. "São esses princípios que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação" (RAWLS, 2002, p. 12).

Desse modo, Rawls acredita que a igualdade deveria ser pressuposta desde a formação de uma sociedade, afirmando que "na justiça como equidade a posição

original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social" (RAWLS, 2002, p. 13). O fundamento de sua teoria é de que os princípios da justiça deveriam ser definidos por um acordo social em que a situação inicial seja de equidade, igualdade entre os acordantes - os cidadãos.

Porém, o teórico enxerga que essa posição original de igualdade, enquanto "*status quo* inicial apropriado" (RAWLS, 2002, p. 13), não é o que se observa na realidade da história, sendo somente uma situação hipotética ideal. Na verdade, o que se percebe na história da humanidade é que:

> [...] nenhuma sociedade pode ser um sistema de cooperação que os homens aceitam voluntariamente num sentido literal. Cada pessoa se encontra ao nascer numa posição particular dentro de alguma sociedade específica, e a natureza dessa posição afeta substancialmente suas perspectivas de vida. No entanto, uma sociedade que satisfaça os princípios da justiça como equidade aproxima-se o máximo possível porque vai ao encontro dos princípios que pessoas livres e iguais aceitariam em circunstâncias equitativas (RAWLS, 2002, p. 14-15).

O caminho desenhado por cada sociedade para chegar à proposição de Rawls de justiça depende, contudo, do tempo de sua edificação e da cultura em que se insere. Com isso, observa-se, até os dias de hoje, que desafios são encontrados por muitas nações para atingirem amplamente esse ideal de "justiça como equidade".

Um exemplo disso, foi a construção do direito à igualdade racial nos EUA, o qual só foi previsto após uma vasta história de exclusão da raça negra e mesmo a sua previsão legal não foi suficiente para implicar na sua imediata garantia, alcançada após um longo processo histórico-social e jurídico que perdurou por mais de um século.

Ao contrário do que se possa pensar, a questão racial não teve fim com abolição da escravidão nos EUA. Os negros, embora gozando de liberdade física, tiveram que enfrentar uma luta pela igualdade dos seus direitos aos dos brancos. O fim da escravidão não conferiu aos ex-escravos condição de iguais, política e socialmente, ao resto da população, gerando um cenário de intensa segregação e de profundo racismo.

2. A EVOLUÇÃO DA QUESTÃO RACIAL NOS EUA

A despeito do grande valor do documento, o *Bill of Rights* (1791) abrange apenas a proteção das liberdades individuais, contendo previsão de direitos

como: liberdade de expressão, liberdade de imprensa e liberdade religiosa. Vê-se, pois, a incompletude desse conjunto de emendas – as primeiras dez Emendas à Constituição dos EUA -, uma vez que em todo seu escopo não continha expressa previsão do direito à igualdade. Esse silêncio muito se deve ao cenário político e social dos EUA à época, marcado pela permissão à escravidão.

Com o resultado da Guerra de Secessão (1861-1865), qual seja, a vitória dos estados do norte, de economia predominantemente industrial e política abolicionista, o Poder Legislativo foi provocado a editar Emendas que garantissem a igualdade no novo contexto social e político vivido pela nação, notadamente, com a libertação dos escravos. Assim, a proposta das Emendas XIII, XIV e XV pelo denominado *"Reconstruction Congress"* foi o instrumento para cumprir a promessa de igualdade aos ex-escravos (NEUBORNE, 2003, p. 115), constituindo, para muitos, um "segundo *Bill of Rights*".

A Emenda XIII à Constituição norte-americana, de 1865, foi a responsável pelo fim da escravidão no país. Como reflexo da vitória do Norte na Guerra Civil, referida Emenda trouxe uma resposta à grande divergência acerca da questão escravocrata entre os pólos da Guerra. Eis seu texto, formado por duas seções:

> SECTION 1
> Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.
> SECTION 2
> Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

Embora referida Emenda tenha retirado a condição de escravos aos negros, não tinha o condão de proibir qualquer segregação ou discriminação, afinal, nas próprias colônias do norte havia um sentimento de inferioridade da raça negra, comum a todo o país, o que se depreende, sobretudo, das declarações da *Supreme Court* - a Corte de maior posição hierárquica no Poder Judiciário, a exemplo do citado caso *Dred Scott* v. *Sandford* (1857), em que os negros foram expressamente declarados pela mesma como não portadores da condição de cidadãos nos EUA.

A Emenda XIV (1868) veio como uma resposta à opinião da *Supreme Court*, com expressa declaração de que todos gozavam de igual proteção legal nos EUA, in-

dependentemente de raça, conferindo a condição de cidadão a todo aquele que nascesse no país ou fosse naturalizado, inclusive o negro. Assim prevê em sua seção 1:

> All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

Tal Emenda é o ponto nodal do "segundo *Bill of Rights*" e trouxe em seu texto uma larga previsão de igualdade, introduzindo não apenas a cláusula da *equal protection of law*, que declara que a lei protegerá igualmente todo cidadão, mas, também, definindo a condição de cidadania e garantindo a toda pessoa o direito ao *due process of law*. Com isso, nenhum Estado poderia privar qualquer pessoa do direito à vida, à liberdade ou à propriedade sem que existisse um devido processo legal para tanto, impedindo, assim, ofensas arbitrárias a direitos fundamentais da pessoa.

Por fim, a Emenda XV, de 1870, ao conferir o direito de voto a todo cidadão, reafirmou e alargou a igualdade racial, que já vinha sendo prevista na Emenda anterior, dispondo, em sua seção 1, que:

> The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude.

O advento dessas Emendas representou a constitucionalização do direito à igualdade, sobretudo racial. Assim, os direitos de todos à cidadania, ao *due process of law*, à *equal protection of law* e ao voto, independente de raça, cor ou condição prévia de servidão, passaram a ser previstos na norma fundamental norte-americana, possuindo, portanto, *status* de direitos fundamentais.

Cabe pontuar que, à exceção da Emenda XIII, que proíbe a escravidão, a XIV e a XV, assim como todo o *Bill of Rights*, protegem direitos individuais dos cidadãos em face de atos do governo e não de outros indivíduos. (NEUBORNE, 2004, p. 83-84).

Dessa forma, os direitos à igualdade racial previstos nas Emendas, enquanto fundamentais, deveriam ser obedecidos em todo o país e aplicados por todas

as Cortes, sejam federais, sejam estaduais. Todavia, o que se observou foi uma igualdade apenas formal: a Constituição previa a *equal protection of law,* mas, em âmbito social, as desigualdades ainda permaneciam.

Embora as Emendas Constitucionais aqui estudadas representassem a constitucionalização do direito individual à igualdade, a mera e abstrata previsão à *equal protection of law* não assegurava o fim da discriminação ou segregação, sobretudo a racial, fincada na sociedade norte-americana.

Dworkin, quanto à cláusula da *equal protection of law,* afirma que:

> A Cláusula faz do conceito de igualdade um teste de legislação, mas não estipula nenhuma concepção particular desse conceito. Os que redigiram a Cláusula pretendiam atacar certas consequências da escravidão e do preconceito racial, mas é improvável que pretendessem excluir todas as classificações raciais, ou que esperassem que uma tal proibição resultasse do que escreveram. Tornaram ilegais quaisquer políticas que violassem a igualdade, mas deixaram que outros decidissem, de tempos em tempos, o que isso significava. (2010, p. 348).

A supracitada cláusula, assim como o resto da Constituição, enquanto norma aberta e abstrata, foi sendo aplicada e interpretada de acordo com o entendimento das Cortes, notadamente, da *Supreme Court*, em cada caso concreto e a cada tempo, valendo-se, sobretudo, dos precedentes judiciais e do *stare decisis*.

No tratamento das demandas judiciais, inclusive as constitucionais, o sistema jurídico recebe interferências não só internas, mas, também, de outros sistemas, com os quais interage diretamente, sobretudo o social e o político. Tal entendimento se infere da ideia de sistemas abertos da teoria dos sistemas de Bertalanffy.

Logo, a interpretação que as Cortes dariam à cláusula da *equal protection of law* sofreria influência do contexto histórico-social e político vivido pela sociedade.

Em razão disso, considerando que a sociedade norte-americana ainda se apoiava numa cultura extremamente segregacionista, a aplicação do direito à igualdade foi regida, por muito tempo, pela denominada Doutrina *Separate but Equal.*

Embora houvesse tentativas no sentido de confrontar a discriminação racial durante o período de Reconstrução – pós Guerra Civil -, estas falharam, sucumbindo à cultura racista. Exemplo disso tem-se o *Civil Rights Act of 1875*, cujo teor criminalizava a discriminação racial por indivíduos particulares, mas que foi derrotado pela *Supreme Court*, excluindo esse tipo de discriminação do âmbito da Emenda XIV.

A emenda ofereceu, portanto, proteção apenas em face de atos do Estado (NEUBORNE, 2004, p. 122), mantendo-se vivo o sentimento racista na sociedade, existindo, inclusive, leis que determinavam a segregação em razão da cor em diversas áreas da vida social - as *Jim Crow laws*.

A Doutrina *Separate but Equal* entendia que não deveria haver diferença no tratamento dado às raças, todas deveriam receber as mesmas oportunidades e os mesmos serviços, contudo, tal tratamento dar-se-ia de forma separada, ou seja, sem a mistura das raças. Nowak e Rotunda bem resumem essa ideia ao exporem que, "sob esse princípio, às pessoas das raças minoritárias poderão ser concedidos *services* separados, desde que sejam iguais aos providenciados aos brancos". (*apud* TAVARES, 2003, p. 295).

O caso que consagrou a Doutrina *Separate but Equal* foi o *Plessy* v. *Ferguson* (1896), no qual a *Supreme Court* declarou que não representava discriminação a presença de lugares separados para brancos e para negros nos estabelecimentos comerciais e nos serviços públicos. O referido caso tratava, especificamente, do uso de transporte ferroviário no estado de Louisiana, em que, por força de um estatuto, os trens deveriam ter acomodações separadas para negros e para brancos. Apesar de as acomodações serem iguais, a segregação era clara.

A decisão da *Supreme Court* deu margem para que outros estabelecimentos adotassem a mesma política, o que, de fato, aconteceu. Isso culminou na elaboração de inúmeros outros estatutos que segregavam negros dos brancos em diversos lugares, tais como teatros, parques, praias, ônibus e presídios.

A Doutrina *Separate but Equal* perdurou por quase sessenta anos, mais especificamente de 1896 a 1954, tendo o seu fim com uma decisão emblemática, que se transformou em um dos mais importantes precedentes da *Supreme Court* norte-americana acerca da matéria - o caso *Brown* v. *Board of Education* (1954). O caso levado à Corte representava mais um exemplo de separação das raças, desta feita, na área educacional, existindo escolas somente para negros e outras somente para brancos. A sua decisão, porém, foi revolucionária: a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas foi declarada.

O Poder Judiciário, que vinha escrevendo por anos uma história de precedentes que consagravam teorias de exclusão, segregação e discriminação, gerando a adoção de políticas separatistas em todo o país, agora, abria as portas para a integração racial nos EUA. A mesma Corte que havia declarado a não cidadania aos negros, a sua condição de propriedade, e, posteriormente, a constitucionalidade da segregação racial, rompeu com estes paradigmas, buscando trazer doutrinas que representassem a real igualdade.

Assim, a partir de então, a doutrina que passou a reger a questão racial nos EUA foi a do *Treatment as an Equal*, explicada por Dworkin, no sentido de que "este não é o direito a uma distribuição igualitária de bens e oportunidades, mas sim um direito à uma preocupação e respeito igual no âmbito das decisões políticas sobre a forma de distribuição de tais bens". (*apud* TAVARES, 2003, p. 297).

3. A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DA *EQUAL PROTECTION OF LAW*: O CASO *BROWN. V. BOARD OF EDUCATION*

O caso *Brown* v. *Board of Education* (1954) tornou-se o mais paradigmático da história dos EUA no que concerne à questão racial. Tinha como cenário a cidade de Topeka, no estado do Kansas, onde a segregação racial nas escolas era presente, embora não obrigatória, existindo escolas somente para brancos e outras somente para negros.

Linda Brown era uma estudante de uma escola só para negros que se localizava longe de sua residência. Para frequentá-la, a estudante tinha que andar por ferrovias de trens para conseguir chegar ao ponto do ônibus, o qual a conduzia para a escola. Diante da grande e perigosa distância que precisava percorrer diariamente, Linda requereu o ingresso em uma escola localizada mais perto de sua casa, mas que era só para brancos, cujo acesso, apenas em razão da cor de sua pele, lhe foi negado pelo *Board of Education of Topeka*.

A alegação de Linda foi a violação à *equal protection of law* prevista na Emenda XIV da Constituição. O advogado que atuou em favor dos Brown foi Thurgood Marshall, que, em 1967, seria nomeado *justice* da *Supreme Court* pelo Presidente Johnson.

Proposto na esfera federal do Judiciário, especificamente na *U.S. District Court for the District of Kansas*, o caso *Brown* v. *Board of Education* foi julgado pelos três juízes que formavam a referida Corte e recebeu uma decisão orientada pelo precedente dominante - o do caso *Plessy* v. *Ferguson* -, que declarava a Doutrina *Separate but Equal.*

Apesar de terem reconhecido que, de fato, a segregação racial nas escolas não era positiva para as crianças negras, o que representava um avanço, os juízes consideraram constitucional a separação, alegando que a estrutura e a qualidade das escolas eram iguais, refletindo a força daquela doutrina.

O caso foi, então, levado à *Supreme Court* pela família Brown, mantendo sua posição de que o regime de segregação no ensino violentava o princípio da

equal protection of law, onde foi determinada a reunião deste caso com outros, extremamente semelhantes, provenientes de outros estados.

A decisão de procedência da ação foi unânime, estando todos os *justices* a favor do pleito dos Brown. A Corte, assim, não aplicou o precedente do caso *Plessy* v. *Ferguson,* superando-o e criando um novo precedente ao declarar a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas.

O relator, o *Chief Justice* Earl Warren, manifestou, de forma clara, o entendimento da Corte no sentido de que, apesar das escolas segregadas serem iguais em aspectos estruturais e qualitativos, o que estava em questão era o fator abstrato dos efeitos da referida segregação:

> [...] there are findings below that the Negro and white schools involved have been equalized, or are being equalized, with respect to buildings, curricula, qualifications and salaries of teachers, and other "tangible" factors. Our decision, therefore, cannot turn on merely a comparison of these tangible factors in the Negro and white schools involved in each of the cases. We must look instead to the effect of segregation itself on public education. (EUA, 1954).

Com isso, restou declarado que a segregação racial no ensino público provocava um sentimento de inferioridade nas crianças negras, e que, por esta razão, as escolas segregadas eram desiguais em sua essência, ferindo a Emenda XIV no que tange à *equal protection of law*.

Ultrapassado, pois, no âmbito da educação pública, o precedente de *Plessy* v. *Ferguson*, com a rejeição da Doutrina *Separate but Equal*, tendo sido substituída pela do *Treatment as an Equal*:

> Whatever may have been the extent of psychological knowledge at the time of Plessy v. Ferguson, this finding is amply supported by modern authority. Any language in Plessy v. Ferguson contrary to this finding is rejected.We conclude that, in the field of public education, the doctrine of "separate but equal" has no place. Separate educational facilities are inherently unequal. Therefore, we hold that the plaintiffs and others similarly situated for whom the actions have been brought are, by reason of the segre-

> gation complained of, deprived of the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment. (EUA, 1954).

O presente caso, apesar de se ater ao contexto da educação, veio a se tornar um novo precedente e, como um grito de esperança, impulsionou a busca pela expansão dos direitos civis dos negros, com intensificação, nos anos que se seguiriam, dos movimentos sociais pela igualdade racial.

Conforme conclui Burt Neuborne, "ninety-seven years after the moral disaster of *Dred Scott*, the Supreme Court's decision in Brown began the redemption of the nation's long-delayed promise of equality". (2004, p. 120).

O caso *Brown* v. *Board of Education* tornou-se um dos mais, se não o principal, precedente no âmbito da *equal protection of law*, abrindo caminho para inúmeras outras decisões no mesmo sentido.

Há de se considerar, entretanto, que, comum a todo processo de transformação, alguns se mantinham resistentes ao novo entendimento da *Supreme Court*, a exemplo dos doutrinadores que insistiam no argumento de que a força dos precedentes – o *Plessy* v. *Ferguson*, no caso – deveria ser respeitada. Sobre isso, a *National Archives and Records Administration* (EUA, 2016) relata:

> In addition to the obvious disapproving segregationists were some constitutional scholars who felt that the decision went against legal tradition by relying heavily on data supplied by social scientists rather than precedent or established law. Supporters of judicial restraint believed the Court had overstepped its constitutional powers by essentially writing new law.

No entanto, tal oposição não impediu o avanço da integração racial na sociedade. Após declarado o fim da segregação em razão da cor em escolas, atingiu-se, dentre outros, o fim da segregação racial em praias públicas, parques, bibliotecas públicas e ônibus. Quanto a este último, mister destacar a influência fundamental do *Montgomery bus boycott*, movimento de resistência pacífica que contou com a liderança de Martin Luther King Jr. Diga-se que este movimento iniciou-se com a recusa de uma mulher negra, Rosa Parks, em cumprir a lei e ceder seu assento no ônibus a um passageiro branco, resultando em sua prisão e também em um boicote aos ônibus, que durou por 382 dias e gerou tensões na economia da cidade de Montgomery.

A questão racial virou alvo de grandes lutas sociais nos EUA. O lento processo em que se desenhava a garantia da *equal protection of law* e a previsão, muitas vezes, apenas formal deste direito desencadearam inúmeros movimentos contra a discriminação e a segregação dos negros. Esses movimentos pregavam a resistência não-violenta e tinham como principal líder e inspiração Martin Luther King Jr., sobretudo em razão de sua atuação no *Montgomery bus boycott*.

Um dos mais destacados movimentos foi a Marcha sobre Washington (*March on Washington for Jobs and Freedom*), realizada em 28 de agosto de 1963, quando mais de duzentas mil pessoas se organizaram em favor da integração racial e do fim de injustiças sofridas pelos negros nos EUA, sendo seu principal objetivo a aprovação do *Civil Rights Act*, de iniciativa do presidente John F. Kennedy, o qual se encontrava parado no Congresso, frente à grande oposição social.

O sucesso do movimento, encerrado com o inesquecível discurso "*I Have a Dream*" de King, influenciou a aprovação do *Civil Rights Act*, assinado pelo, então, presidente Lyndon B. Johnson. Referido ato teve o condão de extinguir a segregação racial em lugares públicos, além das desigualdades de oportunidades nos empregos em razão de raça, cor, sexo etc, representando uma das principais conquistas do movimento racial no âmbito legislativo. Assim dispõem suas considerações iniciais:

> To enforce the constitutional right to vote, to confer jurisdiction upon the district courts of the United States to provide injunctive relief against discrimination in public accommodations, to authorize the Attorney General to institute suits to protect constitutional rights in public facilities and public education, to extend the Commission on Civil Rights, to prevent discrimination in federally assisted programs, to establish a Commission on Equal Employment Opportunity, and for other purposes. (EUA, 1964).

Logo em seguida, em 1965, outro movimento tomou grandes proporções e recebeu destaque na sociedade norte-americana, a *Marcha de Selma a Montgomery*, que visava ao efetivo reconhecimento do direito ao voto para os negros. Esta marcha só aconteceu após uma anterior e frustrada tentativa, marcada pelo evento denominado *Domingo Sangrento (Bloody Sunday)*, em que centenas de ativistas foram cruelmente reprimidos por oficiais e membros de grupos segregacionistas, como o Ku Klux Klan.

O movimento, que também contou com Martin Luther King Jr., foi vitorioso e teve o apoio do presidente Lyndon Johnson, que, após o ocorrido no *Bloody Sunday*, enviou tropas federais para assegurar a paz. O resultado foi a expansão do *Civil Rights Acts* com a aprovação do *Voting Rights Act*, que, finalmente, garantiu aos negros um direito que já lhes havia sido concedido constitucionalmente quase 100 anos antes, pela Emenda XV à Constituição.

A evolução jurisprudencial da *equal protection of law,* sobretudo após o caso *Brown,* inegavelmente sofreu a interferência dos movimentos sociais e políticos que dominavam a sociedade norte-americana. A ordem jurídica sofre interferências não apenas internas, mas de outros sistemas que a cercam, notadamente, a ordem social e política. O desenvolvimento da questão racial nos EUA é prova concreta disso.

Através do *Treatment as an Equal,* finalmente entendeu-se que o caminho para o fim da discriminação não era tratar igualmente aqueles que são diferentes, sobretudo em razão da história vivida por estes, mas sim tratar os desiguais na medida de suas desigualdades, com políticas que permitissem, como consequência, uma essencial igualdade.

A *Supreme Court,* então, explicava a mudança do pensamento e das doutrinas, como se depreende do abaixo citado trecho de sua decisão do caso *Loving* v. *Virginia*, de 1967:

> Because we reject the notion that the mere "equal application" of a statute containing racial classifications is enough to remove the classifications from the Fourteenth Amendment's proscription of all invidious racial discriminations, we do not accept the State's contention that these statutes should be upheld if there is any possible basis for concluding that they serve a rational purpose. [...] In the case at bar, however, we deal with statutes containing racial classifications, and the fact of equal application does not immunize the statute from the very heavy burden of justification which the Fourteenth Amendment has traditionally required of state statutes drawn according to race. (EUA, 1967).

Um dos reflexos dessa mudança doutrinária foi a mobilização do governo do presidente John Kennedy (1960-1963), nitidamente envolvido com a questão racial e favorável às minorias, no sentido de introduzir, dentre outras medidas, ações afirmativas, as quais permitissem a inclusão de minorias, como negros, no que concerne ao emprego, o fazendo através do *Executive Order 10925*. Tal política, na

prática, não surtiu o efeito desejado, mas abriu portas para que, no Governo Lyndon Johnson (1963-1968), fosse criada a *Executive Order 11.246*, que estabeleceu, de fato, a ação afirmativa na política e na sociedade norte-americana.

Uma das mais importantes previsões desse ato, foi a criação de quotas, que eram a destinação de uma fração das vagas de universidades ou empresas a candidatos pertencentes a minorias, sobretudo os negros:

> In the struggle to eliminate *invidious* discrimination, officials have sometimes seen fit to establish quotas in various enterprises such as housing, education, and employment to ensure a better representation of groups which are commonly discriminated against. (CORWIN, 1978, p. 510)

A questão das ações afirmativas, notadamente das quotas, não foi pacífica no Judiciário. Os *justices* da *Supreme Court* possuíam diversos entendimentos quanto a esse assunto. Porém, restou afirmada nesta Corte a constitucionalidade das referidas ações no âmbito universitário, o que já não aconteceu quanto a outros âmbitos da vida social.

A conclusão a que se chega acerca da adoção da Doutrina *Treatment as an Equal*, com os precedentes que surgiram a partir dela e as ações afirmativas criadas pelo Executivo diante deste contexto, é bem exposta por Lawrance Tribe, em *American Constitutional Law,* ao afirmar que o tratamento que destaca a raça, por vezes, se faz necessário para que a vitória da luta contra o racismo permaneça:

> No member of the Supreme Court has supposed that such racial preferences are always invalid. In some instances, indeed, the Court has required the very opposite of color blindness. And in others the Court has at least *tolerated* color consciousness because forbidding it would defeat the struggle against racism and its individious effects. (*apud* TAVARES, 2003, p. 299).

Com o ativismo político-social e a atividade normativa em favor da expansão dos direitos civis que seguiram a decisão de *Brown* v. *Board of Education*, precedente que abandonou a Doutrina *Separate but Equal*, alcançou-se o fim da segregação racial no âmbito dos estados.

Enfim, as citadas emendas constitucionais, sobretudo a XIV, em vigor há mais de um século, vieram a ter seus valores efetivamente incorporados pelos

estados-membros da federação, que revisaram suas próprias constituições e, ao final, as adequaram à essência da *equal protection of law.*

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao Poder Judiciário, no sistema *Common Law* norte-americano, é entregue a função de interpretação das normas positivas, valendo-se dos precedentes das Cortes mais elevadas como instrumento para vincular e perpetuar o direito dito nos julgados.

No âmbito da *equal protection of law* o resultado não foi diferente. Embora norma positivada na Emenda XIV à Constituição – de certa forma, como uma resposta ao precedente criado pela *Supreme Court* negando a cidadania aos negros -, o Judiciário foi quem teve o maior poder de fazer valer aquele direito. Depreende-se isso do fato de que as políticas implementadas pelos governos estaduais e a convivência social, à época, continuaram, por muito tempo, segregacionistas, com resquícios da cultura escravagista, o que impedia a coesão social. Com isso, observa-se que o desenvolvimento da questão racial dependeu do lento progresso na visão das Cortes daquele país, as quais, por muitos anos, apresentaram um discurso discriminatório.

A efetivação de uma plena aplicação da *equal protection of law* esteve, portanto, sujeita à evolução jurisprudencial, sobretudo da *Supreme Court*, maior instância do Poder Judiciário norte-americano. Somente no caso *Brown* v. *Board of Education* se alcançaria um precedente que vinculasse a aplicação de uma igualdade entre as raças não apenas perante a lei, mas social, introduzindo a Doutrina *Treatment as an Equal*, o que impulsionou aqueles que tanto almejavam uma efetiva igualdade racial a intensificarem sua luta por ela.

Apesar de segmentos da sociedade se manterem resistentes à integração racial, os movimentos sociais que emergiram, com fortes lideranças, resultaram na ampliação do instituto da *equal protection of law* na produção judiciária e legislativa, obtendo-se precedentes cada vez mais adeptos da Doutrina *Treatment as an Equal*, nos mais diversos âmbitos da vida social, e legislações que expandiam os direitos civis dos negros.

Mais uma vez, restou evidente a visão polissistêmica inserta na teoria de Bertalanffy. Aqui, os sistemas jurídico, social e político provocaram interferências mútuas: a decisão do caso *Brown* v. *Board of Education* gerou a intensificação das lutas sociais, que, por sua vez, viria a interferir na atividade legislativa e nas decisões futuras do Judiciário, alargando o leque de direitos civis, que urgiam por proteção.

O resultado disso, foi, finalmente, após mais de um século, um maior alcance da *equal protection of law*, a qual continua evoluindo até os presentes dias. Quem poderia imaginar, à época da promulgação das Emendas XIII, XIV e XV, que a chamada cláusula de igual proteção seria o primeiro passo para se alcançar a eleição de um presidente negro para governar os EUA no século XXI?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria Geral dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes, 1973.

BETTMANN Archive. [Sem título]. 1954. 1 fotografia. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2006/12/10/weekinreview/10liptak.html?_r=4&> Acesso em: 10 mar. 2016.

BETTMANN Archive. [Sem título]. 1963. 1 fotografia. Disponível em: <http://www.britannica.com/event/American-civil-rights-movement/images-videos/Martin-Luther-King-Jr/139230> Acesso em: 10 mar. 2016.

BILL OF RIGHTS INSTITUTE. **Bill Of Rights Of The United States Of America (1791)**. Disponível em: <http://www.billofrightsinstitute.org/founding-documents/bill-of-rights/> Acesso em: 14 fev. 2016.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

CORWIN, Edward S. **The Constitution and What It Means Today**. 14. ed. New Jersey: Princeton University Press, 1978.

COSTA, Leila Machado. **Segurança Pública**: Direito Fundamental Social, Política Pública ou ainda um Novo Paradigma? 2012. 185 f.. Dissertação (Mestrado em Política Social) - Escola de Serviço Social, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2012.

DAMASKA, Mirjan R. **Las caras de la justicia y el poder del Estado**: Análisis comparado del proceso legal. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

GUERRA de Secessão dos Estados Unidos. Educação Globo. Disponível em: <http://educacao.globo.com/artigo/guerra-de-secessao-dos-estados-unidos.html> Acesso em: 17 fev. 2016.

HUGHES, G. Common Law Systems. In: MORRISON, Alan B. (Ed.) **Fundamentals of American Law**. 1. ed. New York: Oxford University Press, 2004. p. 9-25.

IWASAKI, C. **Brown Sisters Walk to School through Rock Island Railroad Switch Yard, Kansas**. 1953. 1 fotografia. Disponível em: <http://collections.artsmia.org/art/120214/brown-sisters-walk-to-school-through-rock-island--railroad-switch-yard-kansas-carl-iwasaki>. Acesso em: 21 fev. 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORRISON, A. B. Courts. In: MORRISON, Alan B. (Ed.) **Fundamentals of American Law**. 1. ed. New York: Oxford University Press, 2004. p. 57-60.

NEUBORNE, B. An overview of the Bill of Rights. In: MORRISON, Alan B. (Ed.) **Fundamentals of American Law**. 1. ed. New York: Oxford University Press, 2004. p. 83-127.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002.

SAGER, L. G. The sources and limits of legal authority. In: MORRISON, Alan B. (Ed.) **Fundamentals of American Law**. 1. ed. New York: Oxford University Press, 2004. p. 27-56.

SÁ-SILVA, J. R.; ALMEIDA, C. D. de; GUINDANI, J. F. Pesquisa documental: pistas teóricas e metodológicas. **Revista Brasileira de História & Ciências Sociais**, Rio Grande do Sul, ano 1, n. 1, p. 1- 15, jul. 2009. Disponível em: <http://www.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/pesquisa_documental_pistas_teoricas_e_metodologicas.pdf> Acesso em: 25 fev. 2016.

STREET LAW, INC. AND THE SUPREME COURT HISTORICAL SOCIETY. **Brown v. Board of Education (1954)**: School Segregation, Equal Protection. Disponível em: <http://landmarkcases.org/en/landmark/cases/brown_v_board_of_education> Acesso em: 23 fev. 2016.

STREET LAW, INC. AND THE SUPREME COURT HISTORICAL SOCIETY. **Dred Scott v. Sandford (1857)**: Slavery, Due Process, the Missouri Compromise. Disponível em: <http://landmarkcases.org/en/landmark/cases/dred_scott_v_sandford> Acesso em: 17 fev. 2016.

TAVARES, André Ramos. Jurisprudência constitucional norteamericana sobre igualdade e ações afirmativas: análise evolutiva e crítica. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 2, p. 287-304, jul./dez. 2003.

TERRILL, Richard J. **World Criminal Justice Systems**: A survey. 6. ed. Newark,

NJ: Lexis Nexis, 2007.

THURGOOOD Marshall Biography: Civil Rights Activist, Supreme Court Justice, Judge, Lawyer (1908–1993). Disponível em: <http://www.biography.com/people/thurgood-marshall-9400241> Acesso em: 23 fev. 2016.

TREVISAN, Cláudia. Selma, 50 anos depois da marcha histórica. **Estadão**. São Paulo, 07 mar. 2015. Disponível em: <http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,selma-50-anos-depois-da-marcha-historica,1646459> Acesso em: 16 fev. 2016.

UNITED STATES COURTS. **Court Role and Structure**. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-role-and-structure> Acesso em: 02 fev. 2016.

VOGLER, Richard. **A World View of Criminal Justice**. New edition. London: Routledge, 2005.

O FATOR RACIAL COMO ELEMENTO DE DISCRIME PARA AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL: UMA BREVE ANÁLISE

Patrícia Gonçalo de Abreu[162]

> "O Brasil não tem cor. Tem todo um mosaico de combinações possíveis."
>
> Carlos Lessa

INTRODUÇÃO

Um dos objetivos da República Federativa do Brasil é a redução das desigualdades sociais e regionais, através da construção de uma sociedade livre justa e solidária. A promoção do bem de todos, independentemente de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação passa necessariamente pela adoção de normas não somente proibitivas, mas principalmente inclusivas.

Nesse contexto, fala-se nas ações afirmativas, políticas públicas e privadas que realizam discriminações positivas, com prazo determinado, em prol de grupos historicamente prejudicados. As cotas raciais fazem parte dessas ações.

O presente trabalho propõe-se a analisar a compatibilidade de ações afirmativas de critério unicamente racial com o princípio da igualdade.

Para tanto, propomo-nos inicialmente a estudaro conteúdo jurídico do princípio da igualdade, destacando seus desdobramentos em igualdade formal e material, bem assim as ações afirmativas, como instrumento concretizador da isonomia em seu aspecto fático.

Contudo, o objetivo do trabalho não poderá ser alcançado somente com o estudo teórico e abstrato desses conceitos, vez que o uso de cotas deve estar de acordo não apenas com a possibilidade jurídica, mas também com a realidade histórico-fática do País. Imprescindível, portanto, um retorno aos primórdios tempos do Bra-

---

162. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC); pós-graduada em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (FDDJ); Advogada da Cagece – Companhia de Água e Esgoto do Ceará. Correio eletrônico: patriciagabreu@hotmail.com.

sil. Assim, analisaremos as matrizes étnicas que nos geraram e o entrelaçamento de raças e culturas distintas que se transfiguraram para formar o povo brasileiro.

Por fim, para o desenlace do problema, faremos análise da compatibilidade das ações afirmativas que levam em conta o critério exclusivamente racial com o princípio da igualdade, tendo em vista a formação multiétnica do povo brasileiro.

1. AÇÕES AFIRMATIVAS COMO INSTRUMENTO DA IGUALDADE MATERIAL

A igualdade é ideal buscado por praticamente todas as constituições do mundo, de modo que no Brasil foi alçado à categoria de direito fundamental. Contudo, a despeito da mesma natureza humana, as pessoas são muito distintas entre si, o que levou a doutrina a estabelecer dois tipos de igualdade: formal e material.

A primeira diz respeito à igualdade perante a lei, regra de natureza moral consistente na ordem de tratar a todos com igual respeito e consideração, vez que, conforme Kant (VIEIRA, 2006), toda pessoa constitui um fim em si mesmo. Esse mandado geral de não-discriminação — igualdade formal — visa a impedir que sejam adotados tratamentos diferenciados para situações essencialmente iguais e vice-versa, sem uma razão legítima para tal. A igualdade material, por seu turno, tem por objetivo central a redução de desigualdades existentes no plano fático, o que exige necessariamente a adoção de um tratamento jurídico diferenciado. Trata-se da igualdade das pessoas quanto à disponibilidade de bens e recursos existentes na sociedade.

Nesse contexto, fala-se nas ações afirmativas – políticas públicas ou privadas que objetivam aumentar a participação de certo grupo de pessoas na sociedade por meio da concessão de benefícios, por prazo determinado. Com o objetivo de mitigar violações passadas ou futuras,as discriminações positivas objetivam corrigir sub-representação histórica de minorias em determinados setores da sociedade, tais como educação e mercado de trabalho.

Partindo-se do pressuposto que o conteúdo político-ideológico e jurídico do princípio da igualdade é evitar perseguições e favorecimentos (MELLO, 2003), a adoção de políticas afirmativas deve obedecer a critérios claros e objetivos.

Primeiramente, é determinante salientar a natureza provisória de tais medidas. Elas devem permanecer até serem sanados ou minimizados os efeitos da discriminação sofrida pelas minorias desfavorecidas. Uma vez alcançado esse objetivo, as ações devem ser paralisadas, sob pena de desrespeito àisonomia, por concederem distinções injustificadas.

Ademais, cabe destacar que para ser sujeito passivo das ações afirmativas, é preciso ainda demonstrar que a discriminação contra aquele grupo atua de maneira poderosa e decisiva, a impedir ou a dificultar substancialmente o acesso das minorias a determinadas esferas sociais. Portanto, deve-se demonstrar que, não fosse pela política de fomento, não haveria qualquer tipo de mudança social relevante dentro de um espaço razoável de tempo. A inexistência de uma projeção de integração natural de determinada minoria em um futuro próximo tornaria evidente a necessidade do benefício.

À vista disso, conclui-se serem requisitos para a adoção de uma política de ação afirmativa (i) a existência de minoria historicamente desfavorecida e atualmente sub-representada em várias esferas da sociedade; (ii) a utilização temporária de discriminações positivas até que haja presença mais equânime desses grupos; e (iii) a percepção de discriminação real e contundente a impedir que o grupo minoritário tenha acesso a melhores oportunidades de vida por conta própria num espaço de tempo razoável.

De acordo com o professor Joaquim Falcão (*apud* GOMES, 2012), além do mencionado, a lei que regulamenta as discriminações positivas deve também observar três critérios concomitantes para estar de acordo com a igualdade material: (i) decorrer de uma norma constitucional programática orientada à redução de desigualdades sociais; (ii) ser específica, estabelecendo claramente aquelas situações ou indivíduos que serão beneficiados com a diferenciação; e (iii) haver nexo causal entre o benefício legal concedido e a igualdade socioeconômica que se pretende alcançar.

2. DA COMPOSIÇÃO ÉTNICA DO POVO BRASILEIRO E DA IMPOSSIBILIDADE DE DIVIDI-LO EM RAÇAS

A raça é um conceito há muito utilizado para categorizar as pessoas, seja para depreciá-las seja para enaltecê-las. Por muito tempo, acreditou-se que o homem perfeito seria proveniente da região das montanhas do Cáucaso, dando origem aos caucasianos – etnia da cor de pele branca. Assim, os que mais se aproximassem dos caucasianos seriam, progressivamente, superiores aos mais distintos. Segundo a ciência do século XIX, a humanidade estaria dividida em cinco grandes etnias, a saber, a caucásica ou branca, a mongólica ou amarela, a etiópica ou negra, a americana e a malaia (PENA, 2007).

Entretanto, após pesquisas mais aprofundadas, a comunidade científica chegou ao consenso de que a espécie humana não pode ser dividida em raças, inde-

pendentemente do critério adotado. O Projeto Genoma Humano – finalizado em 2003 – comprovou que a diferença genética entre indivíduos que seriam considerados da mesma raça pode ser bem maior que aquela entre pessoas consideradas de raças distintas (PENA, 2007). Ocorre que poucos são os genes que determinam os caracteres daquilo que entendemos como raça. Em verdade, salvo pelos gêmeos univitelinos, somos todos singulares em nossa identidade genética.

Ainda que não se fale mais em uma raça superior à outra, a ideia da existência de raças ainda é muito viva no inconsciente coletivo. A despeito da comprovação da inexistência biológica de raça, esta possui relevância do ponto de vista sociológico. A raça permanece como um conceito aceito entre as pessoas de modo geral e atualmente justifica-se apenas no aspecto sociocultural.

Vale ressaltar que a raça sociologicamente percebida leva em conta critérios biológicos, uma vez que sua percepção social tem por base características físicas, tais como a cor da pele e dos olhos, cor e textura dos cabelos, espessura de nariz e lábios, etc., mas não somente estas. A raça que nos servirá de parâmetro é aquela que categoriza as pessoas num mesmo grupo em decorrência de um fenótipo similar, e de tradições e costumes semelhantes. São pessoas unidas tanto pelo modo de vida quanto pelas características físicas.É por esse prisma que há de se avaliar a raça[163] no Brasil.

A análise da formação étnica do povo brasileiro é fundamental para a compreensão do hodierno emaranhado social do qual é composto o País. O brasileiro não é indígena, negro ou europeu, mas ao mesmo tempo é tudo isso. O povo brasileiro tem uma identidade própria, formada a partir de três matrizes étnicas básicas.

Foi a partir da convergência do invasor português com os indígenas dos mais diversos que aqui se encontravam e com os negros de diferentes tribos trazidos como escravos que nasceu a primeira expressão étnica de nosso povo. Mais tarde, rotas migratórias trouxeram também outros europeus e asiáticos, que se imiscuíram à nação brasileira.

Ao contrário do que ocorrera na América do Norte, a miscigenação no Brasil foi intensa. A colonização do tipo exploratória aqui implantada favoreceu a mistura, uma vez que os colonizadores não vieram com seus núcleos familiares, mas sim desacompanhados. Através da prática do *cunhadismo*, costume indígena de dar em casamento uma moça virgem, muitos portugueses casaram-se com índias, passando a fazer parte da grande família tribal. Para Darcy Ribeiro (1995,

163. Desse ponto em diante, quando falarmos em “raça”, estaremos nos referindo ao aspecto sociocultural do termo. Se for levado em conta o aspecto biogenético, isso será especificado no texto.

p. 81-86), essa prática possibilitou o surgimento dos primeiros brasileiros, chamados *brasilíndios*, caboclos ou mamelucos. Além disso, os índios praticavam a poligamia e, apesar de essa ser a prática cultural mais combatida pelos padres jesuítas, foi a principal forma de miscigenação entre os portugueses e os nativos.

Acerca da importância da primeira fase de mestiçagem, escreveu Gilberto Freyre (2003, pp. 110 e 111):

> Precisamente sob o duplo ponto de vista da miscigenação e da sifilização é que nos parece ter sido importantíssima a primeira fase de povoamento. Sob o ponto de vista da miscigenação foram aqueles povoadores à-toa (sic) que prepararam o campo para o único processo de colonização que teria sido possível no Brasil: o da formação, pela poligamia – já que era escasso o número de europeus – de uma sociedade híbrida. Dos Diogos Álvares, dos Joões Ramalhos, um tanto impropriamente de Jerônimo de Albuquerque (que já pertence a outra fase de povoamento) escreveu Paulo Prado que "proliferam largamente, como que indicando a solução para o problema da colonização e formação da raça no nosso país."Do seu contato com a população ameríndia resultaram, na verdade, as primeiras camadas de mestiçagem formando porventura pontos mais fáceis à penetração da segunda leva de gente européia (sic).

Mais tarde, com a exploração do tráfico de escravos, um novo elemento foi acrescentado a essa equação: o negro africano, que aqui aportou para servir de mão de obra nos engenhos de açúcar e na minas. Chegavam aos milhares em embarcações que ficaram conhecidas como "navios tumbeiros", tamanha a quantidade dos que vinham a falecer na longa viagem da costa da África até aqui.

No contexto dos canaviais, o negro não foi apenas um dos fundamentos sobre as quais se construiu a monocultura do açúcar. Com efeito, constituiu uma das bases étnico-culturais para compor o amálgama racial brasileiro. Dentro do universo social que compunha o engenho, o senhor de escravos tinha livre acesso às senzalas, possuindo quantas negras quisesse. Desse modo nascia o mulato, que, assim como o caboclo, não era branco português nem negro africano, tampouco *brasilíndio*. Já não podendo se identificar como nenhum dos grupos étnicos já existentes, esses mulatos, juntamente com os mamelucos, logo passariam a ser a maioria da população. Surgia, assim, uma nova identidade étnica. Surgia o povo brasileiro.

Muito pertinentes nesse momento as palavras de Darcy Ribeiro (1995, p. 30):

> No plano étnico-cultural, essa transfiguração se dá pela gestação de uma etnia nova, que foi unificando, na língua e nos costumes, os índios desengajados de seu viver gentílico, os negros trazidos da África, e os europeus aqui querenciados. Era o brasileiro que surgia, construído com os tijolos dessas matrizes à medida que elas iam sendo desfeitas.

A classificação do brasileiro nesta ou naquela raça sob o ponto de vista sociológico é tarefa das mais tormentosas, quiçá impossível. Nos tópicos seguintes, ficará demonstrado porque o País não pode ser dividido em raças.

2.1 Da dificuldade em definir uma raça indígena

Desde o ano de 1500 até os dias atuais, a população indígena nacional diminuiu vertiginosamente e algumas tribos foram completamente extintas.

Em decorrência do processo de mestiçagem, de aculturação e de escravização, observou-se verdadeiro etnocídio dos nativos brasileiros, que perderam cada vez mais seus caracteres físicos típicos, bem como seus hábitos culturais.

Nesse contexto, atualmente pode-se falar senão em um índio genérico, a quem se referiu Darcy Ribeiro (1995, p.145).

Assim, a diversidade de tribos que fora encontrada à época do "descobrimento" não mais persiste. A caracterização do índio dos dias de hoje não mais se dá por elementos étnicos, conquanto possa-se falar num modo de vida indígena. Quando pensamos num índio, vem-nos à mente a figura de um indivíduo de cabelos lisos, pele morena e com o corpo adornado de plumas e tintas. Contudo, pela mestiçagem pela qual passaram, esse indivíduo existe apenas no nosso imaginário. Ainda que atualmente encontremos redutos indígenas, não fica demonstrada a possibilidade de caracterização do índio por meio de caracteres físicos, mas tão-somente pela existência de laços familiares e culturais que os unem. Ora, nada mais é do que ocorre com as famílias de um modo geral.

Para se ter uma noção mais clara, de acordo com censo demográfico de 2010, 78,9 mil pessoas que residiam em terras indígenas se declararam de outra cor ou raça, mas se consideravam indígenas de acordo com tradições, costumes, cultura e antepassados, entre outros aspectos. Esse grupo foi contabilizado no total de indígenas do País.[164]

162. BRASIL. Censo 2010: população indígena é de 896,9 mil, tem 305 etnias e fala 274 idiomas. **Sala**

Não estamos a afirmar, contudo, que não existam tribos não mestiçadas no Brasil. O último censo demográfico constatou que cerca de 17,5% da população que se declarou indígena não fala a língua portuguesa e a FUNAI – Fundação Nacional do Índio – também registra 69 referências de índios não contatados.[165] Sabe-se que existem tribos extremamente arredias à entrada de visitantes, encontrando-se cultural e etnicamente isoladas, especialmente na Amazônia e no Centro-oeste do País. Contudo, esses não podem ser o parâmetro a definir quem são índios no Brasil da atualidade. Os índios mestiçados, mas que mantém sua cultura e modo de vida são tão índios quanto os isolados.

Pela brevíssima análise acima, conclui-se que o índio brasileiro não mais pode ser definido pelos aspectos étnicos, porquanto muitos encontram-se mestiçados. Não obstante, podem ser culturalmente identificados, apesar da influência externa que sofre a maioria. Por conseguinte, de acordo com a definição sociológica de raça – que une os elementos étnicos e culturais –, enormíssima parcela dos que se consideram índios não podem ser assim enquadrados, ficando ressalvados os que pertencem às tribos isoladas e mantém a cultura e o fenótipo original. Eis a dificuldade em precisar a raça indígena no Brasil. Não fosse pelos grupos que não têm contato algum com a "civilização", poder-se-ia afirmar que não mais existe raça indígena no Brasil, sob o aspecto sociológico que apresentamos.

Não nos aprofundaremos na questão do índio no Brasil, porquanto não é objeto de estudo do presente trabalho. Entretanto, o que se nota hodiernamente é que grande parte dos que se consideram índios são cidadãos marginalizados. Vivem na periferia dos direitos sociais, dependendo de ajuda governamental para o suprimento de algumas necessidades básicas. Carecem, portanto, de políticas afirmativas do mesmo modo que todos os socialmente excluídos, independentemente da raça a que afirmam pertencer.

2.2 Da impossibilidade de divisão entre pretos e brancos

Ao longo de toda a nossa história, o Brasil foi marcado, em suas relações humanas, por grande miscigenação. O País é resultado de uma mistura de etnias única no mundo, dando origem ao brasileiro.

---

de Imprensa IBGE, 10 ago. 2012. Disponível em: <http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&idnoticia=2194&busca=1&t=censo-2010-populacao-indigena-896-9-mil-tem-305-etnias-fala-274>. Acesso em: 04ago. 2016.

163. BRASIL. Índios no Brasil: quem são. FUNAI. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao?limitstart=0#> Acesso em: 19 fev. 2015.

Diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos da América – país tomado como referência para a adoção da política de cotas raciais –, aqui nunca houve qualquer tentativa de objetivamente limitar o acesso de pessoas a determinadas atividades em função da cor. Enquanto a pergunta "qual a sua raça?" é respondida alhures em quase todo formulário, aqui esse questionamento causa espanto, incômodo e perplexidade. Soa quase como uma ofensa. De fato, o brasileiro não está acostumado a responder a qual raça pertence, nem a se identificar como sendo "branco" ou "negro".

Ainda que, para algumas pessoas, essa identificação racial mais marcante possa acontecer, não há que se falar no Brasil numa "cultura branca" ou numa "cultura negra". Herdamos traços culturais dos vários povos que contribuíram para a nossa formação, sejam eles africanos ou europeus; esses traços hoje compõem a cultura nacional. Um carioca, por exemplo, fala com o chiado característico de seu sotaque não por ser branco e descendente de português (de onde provém o chiado), mas por ser carioca, independentemente de sua cor, porquanto todos falam com o mesmo sotaque. Do mesmo modo, um jovem joga capoeira (luta que se originou no meio dos escravos africanos) não por ser negro, mas simplesmente por ser brasileiro, a despeito de sua cor, sendo notório que pessoas de todas as raças praticam essa modalidade esportiva. Tais expressões culturais não configuram uma nação "branca" ou "negra", apartadas e marcadas pela cor da pele de quem as compõe. Pelo contrário, fazem parte da identidade cultural brasileira.

Nesse sentido, Cláudio Porto (2007) enriquece-nos com um exemplo digno de enlevo:

> Por oportuno, ressalte-se, exemplificativamente, o catolicismo que se construiu no Brasil. Ninguém desconhece o peso institucional que representou e ainda representa a Igreja Católica, inclusive porque a ela esteve atrelada o Estado até a proclamação da República. Acontece que, a despeito de constituírem "heresias" e práticas oficialmente repelidas pelos cânones romanos, rituais afro-brasileiros deram ao catolicismo no Brasil uma feição fortemente popular, que se encontra difundida, com maior ou menor preponderância, em todas as regiões do Brasil, unindo "brancos" e "negros". Isso, decerto, está a demonstrar que inexiste uma cultura que, pretendendo-se afro-brasileira, esteja ligada a caracteres físicos, tais como a cor da pele. Definitivamente, não se pode dividir a sociedade brasileira em "negros" e "brancos".

Fazendo comparação com os Estados Unidos,naquele país a institucionalização de uma segregação racial entre brancos e negros contribuiu para que esses grupos não compartilhassem dos mesmos valores, nem da mesma identidade como povo. O sistema birracial norte-americano separou brancos e negros de tal forma que existem lugares praticamente destinados aos negros, como o Harlem em Nova Iorque, ritmos específicos, como o blues, e igrejas reservadas, como as Batistas. Alguns negros, inclusive, possuem um modo de falar próprio que os diferencia dos brancos. A separação revela-se tão arraigada na mentalidade estadunidense que o sociólogo brasileiro Oracy Nogueira adverte que negros que passaram a viver como brancos – o chamado *passing* – podiam sofrer profundos conflitos mentais. São pessoas que tiveram que mudar de nome, de cidade e de estado para apagar o passado, construir uma nova vida como branco e, assim, ter acesso a direitos que antes lhe eram negados. Embora a segregação legal tenha sido abolida nos Estados Unidos, ela continua central à cultura norte-americana. A ideia da pureza da raça branca ainda é muito forte, de modo que basta ter uma gota de sangue negro – a *onedroprule*– para alguém ser classificado como negro(KAUFMANN, 2007).

Os que defendem as políticas de cotas para negros no Brasil alegam que a nossa sociedade tem uma dívida histórica para com eles em razão da escravidão. De fato, a maior parte da mão de obra escrava era de negros, mas não se pode esquecer dos índios. A despeito disso, a escravidão não estava ligada unicamente à cor, mas, como já dito, a questões mercadológicas. Assim, "branco" e "negro" no Brasil de outrora eram senão categorias sociais, ligadas à ideia de dominador--dominado, de modo que os próprios negros também aderiram à prática escravista. Nesse sentido, Mário Maestri (2007):

> Durante o longo e doloroso período escravista, "branco" e "negro" foram essencialmente categorias sociais. Na escravidão, o "branco" era o proprietário escravizador e o "negro", produtor escravizado – mesmo se o "branco" possuísse eventualmente uma afro-descendência mais forte que o seu "negro". No Brasil, ainda que minoritariamente, o escravista podia ser um africano ou um afro-descendente que se comportava com seu "negro" como qualquer outro "branco". (grifos no original)

Até mesmo no maior reduto de resistência negra no Brasil – Palmares – havia escravidão. Os escravos que se recusassem a fugir das fazendas eram capturados e

convertidos em cativos dos quilombolas. Assim, a luta de Palmares não era contra a odiosa prática da escravidão em si. Era na prática uma luta pela sobrevivência, uma "recusa da escravidão própria, mas não da escravidão alheia" (MARTINS, 2007).

O País é, em verdade, majoritariamente formado por uma população de mestiços. A inclusão dos pardos dentro do contingente de negros, como querem os defensores da racialidade, é apenas mais uma demonstração da miscigenação do povo brasileiro. Consequentemente, grande parcela da população seria apta a beneficiar-se de políticas afirmativas. Entretanto, deixariam de ser uma minoria. Segundo o sociólogo e doutor em geografia humana Demétrio Magnoli (2007):

> (...) Mas quem é negro?
>
> No censo de 2000, postos diante das opções de "cor ou raça" no IBGE, 39% dos declarantes identificaram-se como "pardos" e 6% como "pretos". Quem são os "pardos"? O racismo do século XIX imaginava-os como o produto da miscigenação entre as "raças" branca e negra, mas a genética moderna, que nega a existência de raças humanas, mostrou que quase 90% da população brasileira têm significativa ancestralidade africana. (...)

Não se pode desconsiderar, contudo, a existência de remanescentes de quilombos. Entretanto, o seu reconhecimento como representantes da verdadeira raça negra encontra dois óbices. O primeiro é a mestiçagem que também os alcançou. Sabe-se, inclusive, que os negros trazidos como escravos não possuíam unicidade étnica e linguística. O segundo é o fato de que, considerando apenas esse grupo como legítimos negros, estar-se-ia a cometer uma injustiça com todos os brasileiros que também possuem afroascendência.

Desse modo, outra não poderá ser a conclusão senão pela impossibilidade em dividir o Brasil em brancos e negros, ou ainda entre aqueles e índios. Nas palavras de Carlos Lessa (2007), economista e professor titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro, "O Brasil não tem cor, mas tem todo um mosaico de combinações possíveis." Dividi-lo em raças seria negar sua própria história e abandonar a miscigenação como valor central de sua cultura.

3. DA INADEQUAÇÃO DO FATOR RACIAL COMO CRITÉRIO DISCRIMINANTE PARA AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL

Após breve descrição da formação étnica do povo brasileiro e da constatação de sua intensa miscigenação, passaremos à análise do fator racial como ensejador de políticas afirmativas e sua compatibilidade com o princípio da igualdade.

A despeito das conclusões feitas até o momento, o Brasil tem caminhado no sentido de consagrar a adoção de cotas exclusivamente raciais como forma de assegurar o princípio da igualdade material.

Atualmente, o critério utilizado pelo IBGE para a identificação racial é a autodeclaração. São apresentados os tipos raciais – branco, preto, pardo, índio e amarelo –ficando ao critério do entrevistado a escolha a qual pertence. Apesar de delimitar as opções de autoidentificação, o sistema peca por alta carga de subjetividade, cabendo tão-somente à observação do próprio entrevistado ou ao seu sentimento de pertencimento o enquadramento em uma ou outra raça.

Não se pode conceber como definidor de discriminação legal positiva um critério que seja eivado de tamanha subjetividade. Com efeito, a dificuldade em definir quem é preto e pardo no Brasil resulta na falta de legitimidade dos programas afirmativos, uma vez que, sendo adotado o sistema de autodeclaração, haverá espaço para fraude, permitindo que pessoas de má-fé declarem-se pretas ou pardas com o intuito único de se beneficiarem das cotas. Assim, o fim último do princípio da igualdade, que é evitar perseguições e favorecimentos, encontra-se maculado.

A utilização de cotas raciais no Brasil criaria a situação esdrúxula de um indivíduo poder ser alvo ou não do benefício afirmativo a depender de sua simples declaração. Deixaria de ser direito subjetivo para tornar-se direito puramente potestativo. Tal situação carece de segurança jurídica e cria desigualdade não justificável. Ademais, se considerarmos que o povo brasileiro constitui-se numa macroetnia e por isso impossibilitada de divisão em raças, não há que se falar em discriminação legal que leve em conta o fator racial. Ora, se não há raça no Brasil, esta não pode ensejar tratamento legal diferenciado.

Conforme mencionado no capítulo inicial, um dos critérios para adoção de ações afirmativas é a especificidade, ou seja, estabelecer claramente aquelas situações ou indivíduos que serão beneficiados com a diferenciação legal.

Por todo o exposto, a adoção cotas raciais num país extremamente mestiçado como o nosso só causaria uma fragmentação desnecessária e artificial, obrigando às pessoas identificarem-se não mais como simplesmente brasileiros, mas como brancos, pretos, índios, pardos e amarelos. É como caminhar na contramão da história.

CONCLUSÃO

A questão do uso de cotas raciais para negros no Brasil é tema bastante controverso, sendo muitas vezes objeto de discussões passionais, inflamadas pelo sentimento individual, nem sempre pautado pela razão. No presente trabalho, propusemo-nos a avaliar o assunto sob um prisma jurídico, histórico-cultural e social, sem desprezar o aspecto biogenético.

Diante da alta miscigenação pela qual passou o País desde o início de sua história, não há que se falar em classificação do brasileiro nesta ou naquela raça. O brasileiro é, verdadeiramente, uma mistura singular de culturas e etnias. Sua divisão em raças, ainda que apenas do ponto de vista sociológico, é tarefa praticamente impossível. Do ponto de vista biogenético, a existência de raças na espécie humana foi refutada cientificamente.

Portanto, pela impossibilidade de dividir o País em raças e consequente lacuna na delimitação dos sujeitos passivos das ações afirmativas raciais, concluímos pela mácula ao princípio da isonomia. Não há de se conceber uma política de distribuição de benefícios cujos destinatários não podem ser definidos por critérios minimamente objetivos. Nesse sentido, a utilização da raça, no Brasil, como fator de discrímen legal mostra-se inconstitucional por não se coadunar com o princípio fundamental da igualdade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Censo 2010: população indígena é de 896,9 mil, tem 305 etnias e fala 274 idiomas. **Sala de Imprensa IBGE**, 10 ago. 2012. Disponível em: < http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view = noticia&id = 1&idnoticia = 21-94&busca = 1&t = censo-2010-populacao-indigena-896-9-mil-tem-305-etnias-fala-274 > . Acesso em: 04 ago. 2016.

BRASIL. Índios no Brasil: quem são. **FUNAI**. Disponível em: < http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao?limitstart = 0# > Acesso em: 04 ago. 2016.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e Senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48ª ed. São Paulo: Global, 2003.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas.** Disponível em: < http://www.geledes.org.br/o-debate-constitucional-

-sobre-as-acoes-afirmativas-por-joaquim-barbosa/#gs.fYruvE4 > Acesso em: 01 out. 2016.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Ações Afirmativas à Brasileira: necessidade ou mito? A implementação para negros como mecanismo concretizador de direitos fundamentais. Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25425-25427-1-PB.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2015.

MAESTRI, Mário. A racialização do Brasil. In: FRY, Peter (org.); MAGGIE, Yvone (org.); MAIO, Marcos Chor (org.); MONTEIRO, Simone (org.); SANTOS, Ricardo Ventura (org.). **Divisões Perigosas:** políticas raciais no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

MAGNOLI, Demétrio. Pardos. In: In: FRY, Peter (org.); MAGGIE, Yvone (org.); MAIO, Marcos Chor (org.); MONTEIRO, Simone (org.); SANTOS, Ricardo Ventura (org.). **Divisões Perigosas:** políticas raciais no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

MARTINS, José de Souza. O branco da consciência negra. In: In: FRY, Peter (org.); MAGGIE, Yvone (org.); MAIO, Marcos Chor (org.); MONTEIRO, Simone (org.); SANTOS, Ricardo Ventura (org.). **Divisões Perigosas:** políticas raciais no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. atual., 11ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

PENA, Sérgio. Receita para uma humanidade desracializada. In: FRY, Peter (org.); MAGGIE, Yvone (org.); MAIO, Marcos Chor (org.); MONTEIRO, Simone (org.); SANTOS, Ricardo Ventura (org.). **Divisões Perigosas**: políticas raciais no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

PORTO, José Cláudio Diógenes. **Discriminação Legal pelo Fator Racial no Direito Brasileiro**: constitucionalidade ou não. 2007. 70 f. Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2007.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro**: A formação e o sentido do Brasil. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

A INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

PRISCILA CRISTINA SILVA DA COSTA

INTRODUÇÃO

A problemática envolvida no estudo do tema "A Inconstitucionalidade Progressiva na Jurisprudência do STF" relaciona a utilização da referida técnica decisória como forma de se garantir a segurança jurídica, quando em decorrência de uma omissão por parte do Estado não se faz possível à concretização de uma norma constitucional.

Em um primeiro momento é importante mencionar que por haver um histórico de dominação entre os povos, como a escravidão, o domínio dos portugueses no território brasileiro, dentre diversas outras formas de conflitos que marcaram a história, durante muito tempo, em diversos lugares do mundo, se busca a liberdade de diferentes maneiras, bem como também o reconhecimento de direitos e garantias importantes para a nação.

Nesse contexto histórico, após diversas lutas para se garantir direitos inerentes ao homem, viu-se a necessidade de criar um documento a fim de consolidar os direitos adquiridos ao longo do tempo, bem como exigir o seu respeito.

Assim, surge o movimento denominado constitucionalismo, no qual países começam a criar constituições escritas, como uma forma de se garantir o devido respeito por parte do Estado.

No entanto, para que houvesse o cumprimento das normas ali apresentadas, era necessário um controle sobre os atos da máquina estatal como um todo. Com o controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal analisa qual a melhor forma de garantir liberdades e preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Será observado através da analise dos julgados, como o STF tem se posicionado em relação a situações constitucionais imperfeitas.

Inicialmente será analisado, o princípio da segurança jurídica como um direito fundamental e sua essencialidade para se preservar o Estado Democrático

de Direito. Em sequência, será apresentado o impacto da retirada da norma no ordenamento jurídico e como pode o Supremo minimizar estes impactos sendo abordada a modulação dos efeitos da decisão disciplinada ao teor do artigo 27 da lei 9868/99, e dentre suas nuances a declaração da lei como ainda constitucional. E, por fim, serão analisados através da jurisprudência, os motivos pelo quais a Corte tem adotado a técnica da inconstitucionalidade progressiva.

Tais análises são necessárias para que haja a compreensão do tema de modo a evidenciar a importância das relações consolidadas ao longo do tempo, e demonstrar o motivo pelo qual o Supremo declara a constitucionalidade de uma norma mesmo que estanão esteja em plena consonância com a Lei Fundamental.

As considerações finais serão no sentido de promover uma reflexão entre a ponderação de princípios realizada pelo Supremo Tribunal Federal ao trazer inovações no que tange os seus julgamentos.

A INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURIDICA

Analisada a importância do controle de constitucionalidade, seu surgimento e as técnicas utilizadas pelo Supremo, mostra-se relevante observar os impactos que ocorrem quando uma norma deixa de produzir seus efeitos no ordenamento jurídico, bem como entender a relação disto com o princípio da segurança jurídica e por fim analisar os julgados do STF em que se utiliza a técnica da inconstitucionalidade progressiva e os motivos pelo qual o fez.

É observado que o Constituinte originário teve o cuidado de além de garantir direitos, também preservar e resguardar estes. Podemos considerar a segurança jurídica como um “subprincípio concretizador do princípio fundamental do Estado Democrático de Direito” (SARLET 2010, p.5). Não por acaso que este direito encontra-se consolidado em grande parte das constituições modernas, bem como também em documentos internacionais. Vale dizer que a Declaração dos Direitos Humanos foi de grande importância para este processo.

O direito a segurança, numa interpretação mais literal, se refere a segurança física e patrimonial. Em uma interpretação um pouco mais profunda, abarcaria também segurança jurídica, que diferentemente do primeiro caso, o alvo de proteção será as relações jurídicas que acontecem no seio da sociedade.

É sabido que o contexto social acaba sofrendo alterações em determinados conceitos e costumes com o decorrer dos anos, e não seria diferente com as leis. No mundo jurídico pode acontecer de uma norma ser revogada, uma vez que

não é mais conveniente e oportuno que esta continue a existir, pode ser ainda que uma lei seja declarada inconstitucional por ser constatado um vício no que tange ao seu processo de elaboração ou de competência, ou ainda por apresentar conteúdo que viola Constituição. Todavia, mesmo diante destes casos ainda assim é necessário resguardar determinadas relações.

O Constituinte originário,no sistema jurídico brasileiro prevê o direito à segurança genérica, a qual abrange a segurança física, patrimonial, mas também se inclui neste conceito a segurança jurídica e reforça em outros momentos este direito, apesar de não ser de forma expressa. Ao longo do texto constitucional são observados diversos exemplos. No artigo 5º temos: o princípio da legalidade, o princípio da anterioridade da lei penal, o princípio da vedação da retroatividade da lei penal em prejuízo ao réu, garantias do devido processo legal como contraditório, ampla defesa, entre outros.

Princípio da proibição do retrocesso previsto no art. 5º XXXVI: "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Como já demonstrado, não é por outro motivo que a segurança jurídica se manifesta em diversos momentos dentro do texto legal, se não pela sua grande importância.

O referido princípio envolve a proteção da confiança no ordenamento jurídico. Podemos desdobrá-lo em dois planos, o primeiro objetivo, no qual apresenta um grau mínimo de "continuidade do Direito", e o segundo no critério subjetivo que seria proteger a confiança do indivíduo na permanência do sistema de normas no que concerne às suas próprias decisões jurídicas. Cabe lembrar que a proteção da confiança nada mais é do que parte integrante do princípio da boa-fé. (SARLET, 2010, p.10)

É notada a vedação ao retrocesso ao decorrer do texto constitucional, por exemplo, quando se proíbe alterações no que concerne à coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

Ingo Sarlet buscando uma fundamentação constitucional para a proibição do retrocesso faz referência às contradições do estado social e democrático de direito dando ênfase "a crise de efetividade e identidade pela qual passam o Estado, a Constituição e os direitos fundamentais" (2010, p. 16)

Atualmente é fácil perceber a gritante desigualdade econômica, o aumento da globalização, e de forma cada vez mais incisiva, a exclusão social, até mesmo em decorrência da crise econômica que aflige o país. Acontece que os fatos acima expostos acarretam uma necessidade cada vez maior de proteção dos indivíduos que integram a sociedade. Assim sendo, percebe-se uma dificuldade

do aparelho estatal para garantir nos tempos atuais a continuidade do Estado Social, que de fato seja capaz de efetivar todos os direitos que o cidadão possui.

Neste contexto, mostra-se de suma importância a proibição do retrocesso social, se apresentando esta, como uma forma de se proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais previsto na Carta Magna.

É caracterizada também, sua ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que acaba por afetar as perspectivas que o indivíduo guarda em relação à sua vida.

Podemos entender a dignidade da pessoa humana como princípio que visa garantir aos cidadãos uma vida com condições mínimas em relação às necessidades comuns do ser humano, bem como todo o necessário para que seja respeitado pela sociedade de um modo geral, e claro, seja protegido de arbitrariedades por parte do Estado. Presentes neste contexto estão incluídos direitos e garantias fundamentais previsto na Constituição Federal, como por exemplo, o princípio da segurança jurídica.

Cabe acrescentar, que o Estado ao garantir "condições mínimas" para que o indivíduo desfrute de uma vida digna, deve levar em consideração não apenas as liberdades negativas, que trabalham a ideia de não intervenção do Estado, mas principalmente as prestações positivas que exijam o dever de fazer do mesmo, proporcionando os direitos sociais.

Imprescindível dizer que, para que seja garantido de forma eficaz o princípio da dignidade da pessoa humana é necessário não apenas salvaguardar o ato jurídico perfeito, coisa julgada e o direito adquirido, mas ir além de modo a se alcançar medidas retrocessivas que tecnicamente não podem ser denominadas como retroativas justamente por não atingir os elementos acima mencionados.

Vale salientar que quando falamos de medidas retrocessivas e mesmo assim não retroativas, a menção que se faz é de direitos sociais de conteúdo prospectivo. Implica dizer direitos que ainda não foram efetivados pela ordem jurídica, como aqueles com um conteúdo projetado para o futuro ou mesmo revogação de leis que tem como fim regulamentar direitos sociais.

Objetivando a manutenção de determinados pontos previstos na Carta Magna, percebe-se que o princípio da vedação ao retrocesso abarca ainda os limites materiais que se impõe ao poder reformador.

Neste sentido, Ingo Sarlet disserta sobre o tema:

> "A segurança jurídica acaba por significar igualmente certa garantia de continuidade da ordem jurídica que evidentemente não se assegura exclusivamente com a limitação de medidas estatais tipicamente retroativas. Que o princípio da proibição do retrocesso atua como relevante fator assecuratório também de um padrão mínimo de continuidade do ordenamento jurídico nos parece, portanto, mais um dado elementar. " (2010, p. 36)

Deste modo, firma-se uma interligação entre os eventos apontados, pois embora demonstrado tamanha a importância do princípio da segurança jurídica e sua essencialidade para o Estado Social, há uma crise na efetividade dos direitos fundamentais, bem como da Constituição e até mesmo do próprio Estado.

Com isso aumenta o nível de exclusão e desigualdade e, por conseguinte, acaba por se prejudicar o exercício da justiça social de maneira eficaz, mesmo que de forma mínima.

Principio da nulidade da norma declarada inconstitucional.

Partindo do pressuposto que a Constituição é a lei Suprema e é o cerne do Estado Democrático de Direito, quando nos deparamos com uma lei inconstitucional há de se considerar que esta não será válida, pois não se coaduna com a Carta Magna, assim sendo, será considerada nula.

No ordenamento jurídico pátrio, o entendimento que vigora é o da teoria da nulidade, por este motivo do mesmo modo que quando se publica uma lei se atribui a ela uma presunção de legitimidade, legalidade e validade decorrente dos atos emanados pelo Estado, quando se declara sua inconstitucionalidade atribuímos a ideia de nulidade/invalidade, pois a teoria acima esposada é justamente no sentido de que uma lei inconstitucional é nula.

Há, no entanto, de se considerar que apesar de vigorar em diversos lugares como, por exemplo, Estados Unidos, Portugal, Espanha, Alemanha, Itália, entre outros, esta linha de raciocínio não é absoluta, temos também por influência de Hans Kelsen a teoria da anulabilidade, presente na Áustria. Seguindo esta vertente, observa-se a possibilidade de uma norma, ainda que inconstitucional, não seja considerada nula, mas apenas anulável. (BARROSO, 2012, p.25)

A grande diferença entre ambas as teorias consiste no fato de que quando entendemos ser uma lei inconstitucional nula, isso implica dizer que a decisão em

sede de controle concentrado proferindo a inconstitucionalidade da norma seria apenas declaratória, uma vez que sua inconstitucionalidade advém desde o momento de sua criação, retroagindo assim, a partir da sentença até a sua origem e desconstituindo todos os efeitos por ela gerados, chamamos de efeitos extunc.

Diferentemente quando adotamos a teoria da anulabilidade, entendemos que a lei inconstitucional é anulável, pois a decisão que declara sua inconstitucionalidade tem caráter constitutivo, de modo que os atos praticados em decorrência daquela norma, anteriores à sentença serão preservados, e a inconstitucionalidade, bem como a sua não aplicação, será dali para frente o que chamamos de efeitos ex nunc, pois não retroage para atingir situações pretéritas.

Como anteriormente mencionado, a teoria adotada no Brasil faz com que a declaração de nulidade incida sobre acontecimentos passados desde sua entrada em vigor até a decisão que declara sua inconstitucionalidade.

Dessa forma, tais relações consolidadas por advento da referida norma, por serem consideradas invalidas, devem ser desconstituídas. E é este ponto que merece grande atenção.

Cumpre informar que, ao se declarar a inconstitucionalidade e sendo a decisão meramente declaratória, temos por consequência atribuição de efeitos ex tunc, que, por vezes, poderão causar grandes prejuízos aos destinatários da norma.

Aplicando a referida teoria haveria situações em que pessoas ou mesmo grupo de pessoas restariam prejudicados em decorrência da declaração de inconstitucionalidade da norma. Então o que fazer nesses casos, para que se possa garantir a confiança ao ordenamento jurídico?

A modulação dos efeitos como forma de se garantir o princípio da segurança jurídica

No Brasil, a teoria da nulidade é regra, no entanto, é admitido exceções. Mesmo sendo declarada a inconstitucionalidade da norma, e por consequência sua nulidade, o Supremo teria a possibilidade de modular os efeitos na análise de cada caso, conforme dicção do art. 27 da lei 9868/99, que permite assim proceder, desde que por maioria do voto de 2/3 de seus membros.

O segundo ponto a ser compreendido é: qual o motivo de se excepcionar a Teoria da Nulidade e qual a importância de se fazê-lo?

É sabido que o princípio da segurança jurídica, proteção da confiança e da boa-fé, constitui a essência do Estado Democrático de Direito, não se podendo, simplesmente, desconstituir relações passadas sem que haja uma ponderação

em relação às consequências geradas por este ato. Assim é de vital importância que se resguarde em determinados casos os direitos de relações consolidadas ao longo do tempo, mesmo que decorrente de uma norma inconstitucional, quando desta resultar consequências danosas. Há momentos em que os princípios supramencionados receberão destaque quando deparado com a nulidade oriunda da declaração de inconstitucionalidade de uma norma.

O Supremo ao apreciar o RE 600885 RS, firma o entendimento que a produção de efeitos ex tunc seria prejudicial a todos os candidatos com expectativa de ingresso nas forças armadas, uma vez que os limites fixados em lei já eram utilizados há mais de 20 anos. Por este motivo, visando resguardar as situações que foram norteadas por esta lei, o Tribunal resolveu aplicar produção de efeitos pro futuro, decidindo que não só, não alcançaria situações passadas, como também sua nulidade só produziria efeitos a partir de 31/12/2012. A norma ainda continuaria vigendo por mais um determinado lapso temporal. O Supremo declarando não ter sido a norma legal recepcionada pela Constituição de 1988 permite que sua nulidade não se manifeste de forma imediata.

No que tange a modulação de efeitos, o Supremo não se limita a substituir a produção de efeitos ex tunc por ex nunc, ou seja, pode ele não só excepcionar a teoria da nulidade, resguardando situações já consolidadas no tempo, como pode também projetar seus efeitos para o futuro, como já assinalado. Contudo este mecanismo de modulação ainda vai além.

A Corte pode ainda, deixar de declarar a inconstitucionalidade de determinado dispositivo e considerá-lo como "ainda constitucional", técnica que também chamamos de inconstitucionalidade progressiva, pois vislumbra que a norma tende a se tornar inconstitucional com a evolução dos fatos, no entanto naquele momento se afigura como constitucional. A Corte em seu julgamento afirma a constitucionalidade da lei, porém alerta ao legislador da inconstitucionalidade que pode sobrevir, dando ao mesmo a oportunidade de modificá-la, na hipótese de alteração do contexto fático, pois nestes casos trata-se de situações transitórias que justificam sua legitimidade.

Pode se observar uma compensação para minimizar as consequências geradas por um não fazer do Estado ou do legislador, assim preserva-se a constitucionalidade da lei, pois tal situação se afigura como constitucional em virtude da condição vigente no contexto fático.

ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Demonstrada toda a importância da modulação dos efeitos, cabe analisar a aplicabilidade da referida técnica pelo Supremo, e sua relevância em cada decisão.

A inconstitucionalidade progressiva tem como objetivo alertar sobre uma futura inconstitucionalidade, pois apesar da norma não estar em perfeita harmonia com a constituição, existe uma condição que justifica sua classificação como ainda constitucional.

Nesse contexto, vale ressaltar que o legislador além de não declarar a inconstitucionalidade da norma, declara que esta, ainda permanece constitucional, condicionando parâmetros para tanto. Deste modo, permite ao legislador que tome as medidas necessárias para reparar a lei antes que sobrevenha sua inconstitucionalidade.

Nas hipóteses de utilização desta técnica pode-se dizer que há uma falha da máquina estatal, e por este motivo é possível que a norma continue vigendo como constitucional.

Inicialmente em 1994, podemos citar a questão do prazo em dobro para recorrer no processo penal em relação à defensoria e intimação pessoal do defensor público.

> Direito Constitucional e Processual Penal. Defensores Públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (§ 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989). Constitucionalidade. “Habeas Corpus”. Nulidades. Intimação pessoal dos Defensores Públicos e prazo em dobro para interposição de recursos. 1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública. 2. Deve ser anulado, pelo Supremo Tribunal Federal, acórdão de Tribunal que não conhece de apelação interposta por Defensor Público, por considerá-la intempestiva, sem levar em conta o prazo em dobro para recurso, de que trata o § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela

> Lei n 7.871, de 08.11.1989. 3. A anulação também se justifica se, apesar do disposto no mesmo parágrafo, o julgamento do recurso se realiza, sem intimação pessoal do Defensor Público e resulta desfavorável ao réu, seja quanto a sua própria apelação, seja quanto à interposta pelo Ministério Público. 4. A anulação deve beneficiar também o co-réu, defendido pelo mesmo Defensor Público, ainda que não tenha apelado, se o julgamento do recurso interposto pelo Ministério Público, realizado nas referidas circunstâncias, lhe é igualmente desfavorável. "Habeas Corpus" deferido para tais fins, devendo o novo julgamento se realizar com prévia intimação pessoal do Defensor Público, afastada a questão da tempestividade da apelação do réu, interposto dentro do prazo em dobro.
>
> (STF - HC: 70514 RS, Relator: SYDNEY SANCHES,Data de Julgamento: 23/03/1994, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 27-06-1997. PP-30225 . EMENT VOL-01875-03, PP-00450)

O Supremo considera nulo acórdão de Tribunal que indefere pedido de apelação, sob o argumento de ser intempestivo, uma vez que entende ter a defensoria prazo simples para recorrer, e ser o dispositivo legal inconstitucional. A constitucionalidade do artigo 1, § 5 da lei 1060/50 é declarada embora no julgado a Corte preveja possibilidade de uma futura inconstitucionalidade.

A justificativa é a estrutura e organização naquele momento ser diferente da oferecida pelo Ministério Público, se ambos não apresentam as mesmas condições, se afirma a constitucionalidade da lei em comento, a fim de se promover uma isonomia material. Contudo a ideia é que se trata de uma condição transitória e que a defensoria tende a ter a mesma estrutura do que o Ministério Público futuramente, assim sendo, a lei deve ser alterada acompanhando a situação fática para que permaneça constitucional futuramente.

Ainda neste mesmo julgado a Corte declarou que é nulo julgamento desfavorável ao réu se não houver citação pessoal de seu defensor, seja em apelação promovida em sua defesa ou pela acusação.

Merece registro que ambas as "desigualdades" promovidas em favor da Defensoria Pública só se verifica em virtude da ausência de uma norma e mecanismos que promovessem uma estrutura organizada e eficiente às defensorias.

No ano de 2002, a Corte utilizou-se novamente da referida técnica, no RE 341.717-SP, no qual ao analisar o artigo 68 do CPP, referente à Ação Civil Ex Delicto, o Supremo demonstra a ideia de situações constitucionais imperfeitas:

A questão versa sobre o artigo 68 CPP que atribui legitimidade ao Ministério Público para promover ação civil ou execução da sentença condenatória quando o titular do direito for pobre. Em regra tal prerrogativa caberia à defensoria, conquanto, como o Estado de São Paulo não possuía Defensoria Pública local, o referido dispositivo se fazia constitucional.

Neste julgado refere-se ao aludido artigo do Código de Processo Penal como estando num "transitório estágio intermediário, situado entre os estados de plena constitucionalidade e absoluta inconstitucionalidade". Da decisão, consta ainda que o dispositivo legal sofreu um processo progressivo de inconstitucionalização, ao passo que diante de modificações na realidade fática a norma caminha rumo à inconstitucionalidade.

Depreende-se que a omissão estatal no que tange a concretização de obrigações estipuladas na Constituição, aliado a abstinência do legislador comum em definir mecanismos necessários à efetivação daquela obrigação acaba por acarretar "situações jurídicas imperfeitas", assim não se declara sua inconstitucionalidade de forma imediata, pois é necessário trata-lá de forma diferenciada adiando esta declaração.

Assim, reconhece a legitimidade do Ministério Público e o faz de maneira residual condicionando sua aplicabilidade à ausência de Defensoria Pública local, uma vez que a Constituição em seu art. 134, parágrafo único prevê sua instalação em cada estado da federação.

Em suma, a técnica é definida como "uma das técnicas de controle intimamente relacionada com a cláusula de manutenção do estado de fato". Isto porque,para que se possa implementar uma nova ordem jurídica vislumbra-se a necessidade de um processo, de modo que se requer tempo, ou seja, não acontece de forma instantânea.

No julgamento do RE 248869 SP, 2004, o Supremo decidiu que teria o Parquet legitimidade ativa para propor ação de investigação de paternidade pelo mesmo motivo que o exposto no julgado anterior. Legitima a atuação do Ministério Público, nos art. 126 e 129 da Constituição Federal, quando lhe tem atribuída a prerrogativa de defender direitos individuais indisponíveis.

Nota-se que a técnica ora em comento, permite que o julgador, mesmo quando constatado um eventual vício de inconstitucionalidade, possa evitar uma irregularidade que seria provocada com a extinção da norma no ordenamento jurídico.

Demonstra-se que a retiradada norma traria um enorme prejuízo, além, é claro, de uma grande instabilidade em relação à ordem constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo como base o estudo realizado, é possível expor algumas considerações pertinentes.

Dentre as diversas técnicas a ser adotada pelo Supremo, o que se deu destaque no presente trabalho foi a declaração da lei "ainda constitucional".

Vislumbra-se a possibilidade de uma lei que apesar de não ser plenamente compatível com o ordenamento jurídico, ser considerada constitucional, condicionando a sua constitucionalidade a determinadas situações fáticas, e por este motivo também é chamada de norma em trânsito para inconstitucionalidade.

A relevância da referida técnica decisória é demonstrada, não só pelo fato dos efeitos da nulidade não incidir sobre a norma de forma imediata, como na declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, mas também pelo fato que a norma continuando constitucional, tem o legislador a oportunidade de proceder a sua reforma.

Apesar de não ser tão utilizada nos julgados do STF, é de vital importância no sistema jurídico brasileiro para que se evite uma insegurança em decorrência de objetivos não concretizados de forma plena pelo Poder Publico.

Concede ao legislador uma liberdade para revisar e adequar a lei e buscar sua constitucionalidade plena, ao invés de simplesmente retirá-la do ordenamento jurídico.

Garante ainda a confiança dos cidadãos na ordem constitucional, uma vez que serve como paliativo para que se possa exercer, em condições de igualdade, o direito mesmo diante de situações constitucionais imperfeitas.

REFERÊNCIAS

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do Amaral, Observatório Constitucional **Uma única e simples inovação para o Supremo Tribunal Federal**.Disponível em:http://www.conjur.com.br/2014-nov-29/observatorio-constitucional-unica-simples-inovacao-supremo-tribunal-federal. Acesso: 17 de março de 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ºed. Saraiva:2012.

BOULHOSA. Flavinia Gomes Santos. **A técnica da lei "ainda constitucional" à luz da jurisprudência do STF.** Disponível em: <http://www.ambito-

-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10908.... > Acesso em 09 de junho de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > Acesso em: 06 de março de 2016.

BRASIL. **Lei nº 9868/99.** Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm > Acesso em: 01 de março de 2016.

BRASIL. **Lei nº 9882/99.** Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9882.htm >. Acesso em: 19 de março de 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Tribunal Pleno. Habeas-corpus HC nº 70515RS, Relator:Sydney Sanches. Publicação: DJ 27-06-1997 PP-30225 EMENT VOL-01875-03 PP-00450. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP=ACdocID=72491 > Serviço de Jurisprudência. D.J. 27.06.97. Acesso em 09 de junho de 2016.

CASTRO, Reginaldo Oscar de. **Avocatória: reforma a passo de caranguejo**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/233/avocatoria-reforma-a-passo-de-caranguejo > .Acesso: dia 28 de março de 2016.

CUNHA JUNIOR, Dirley da.**Controle de Constitucionalidade Teoria e Prática**, 4ª. Ed., Juspodvim, Salvador: 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18º ed. Saraiva São Paulo: 2014.

MARTINS,Flávia Bahia. **Direito Constitucional**. 3º ed. Impetus, Rio de Janeiro: 2013.

MEDEIROS, Rafael de Souza, Porto Alegre, monografia **O Apelo ao legislador e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul:2009.

MENDES, Gilmar.**Curso de Direito Constitucional**. 10° ed. Saraiva, São Paulo: 2015.

MENDES, Gilmar.**Direitos Fundamentais e o Controle de Constitucionalidade**. 3° ed. Saraiva, São Paulo: 2004.

MENDONÇA, João Josué Walmor de Mendonça.**A Aplicação da inconstitucionalidade progressiva ou temporária no Supremo Tribunal Federal e o pensamento contra fático.**Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-aplicacao-dainocnstitucionalidade-progressiva-ou-temporaria-no-supremo-tribunal-federal-e-o-pensament-cont,41227html>. Acesso em 09 de junho de 2016.

SANTOS, Roberto Carlos Sobral.**Lei "ainda constitucional" e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29846/lei-ainda-constitucional-e-a-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal>. Acesso em 09 de junho de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. N**úmero 21 março /abril/ maio 2010, Salvador, Bahia. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de DireitoConstitucional**, Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo: 2012.

SOUZA, Carlos Aureliano Motta de. **O Papel Constitucional do STF-Uma nova aproximação sobre o efeito vinculante**. BrasíliaJurídica,Brasília:2000.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**, 3ª. ed.DelRey, Belo Horizonte: 2003.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E DA COLÔMBIA: ANÁLISE DA PARTICIPAÇÃO POPULAR[166]

Priscila Mesquita Martins[167]

1. Introdução.

Este breve estudo tem por objetivo analisar de forma comparativa e crítica a participação popular no controle de constitucionalidade colombiano e brasileiro, uma vez que, apesar da proximidade geográfica e algumas semelhanças na sua evolução histórica e até mesmo em sua estrutura estatal, Brasil e Colômbia optaram por sistemas de controle de constitucionalidade com peculiaridades importantes bastante distintas.

É oportuno salientar que a análise comparativa de dois ou mais sistemas constitucionais dificilmente se pauta em um único questionamento. No entanto, diante de duas culturas populares, ricas e diversas, como a brasileira e a colombiana, é possível partir de um ponto inicial: qual o real papel do povo na construção e evolução do direito constitucional nestes países?

A fim de esclarecer este questionamento o presente estudo inicia-se a partir de uma releitura do processo de formação do novo constitucionalismo latino-americano e como este movimento influenciou as recentes constituições sul-americanas. Segue-se pela delimitação das principais características das ações de controle colombiana e brasileira, realizando-se uma análise comparativa da participação popular no controle de constitucionalidade e sua real efetividade em ambos os países.

---

166. Pesquisa original realizada como tese de conclusão de curso que atualmente concorre ao Prêmio San Tiago Dantas, conferido pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro como reconhecimento aos alunos com destaque na graduação. Em tempo, agradeço à Professora Doutora Carolina Machado Cyrillo da Silva, minha orientadora e amiga, por seu auxílio, dedicação e incentivo e ao Mestre Siddharta Legale Ferreira por me apresentar o universo constitucional latino-americano.

167. Advogada. Bacharela em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. E-mail: primmartins@gmail.com.

2. Panorama geral sobre o Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

Após a Segunda Guerra Mundial e o longo período de ditaduras que assolaram boa parte da América Latina, verificou-se uma constante tentativa de superação deste modelo excludente e arcaico. Às margens da Academia, o Novo Constitucionalismo Latino Americano é um fenômeno produto mais das reivindicações sociais do que dos estudiosos de Direito Constitucional, sendo qualificado como *constitucionalismo sem pais* (DALMAU, 2001, p.5-15). Este movimento ganhou força nos anos 80, resultado dos conflitos sociais que apareceram durante a aplicação de políticas neoliberais e dos movimentos populares que tentaram neutralizá-las.

Neste cenário, surgiram novas constituições que romperam barreiras e buscavam concretizar uma democracia material, preocupando-se com a legitimidade democrática, resgatando o povo como verdadeiro titular do poder constituinte e trazendo inovações legislativas, positivas e negativas, com a criação de novas instituições e com a supressão de outras, respectivamente, em contraponto às constituições existentes até então.

Vale ressaltar que, apesar de recente historicamente, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano tem sido estudado por diversos autores, havendo algumas divergências sobre seu marco inicial, divisão de etapas e características essenciais.

Alguns estudiosos, como César Augusto Baldi (2013) e Raquel Yrigoyen (2012), optam por dividi-lo em ciclos constitucionais, conhecidos por ciclos no horizonte pluralista. Alguns adeptos desta classificação utilizam, para tratar das novas constituições da América do Sul, a terminologia Constitucionalismo Sul-Americano.

Neste estudo optei por trabalhar com os conceitos utilizados por Pastor e Dalmau em ¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?. Estes autores utilizam-se da nomenclatura Novo Constitucionalismo Latino-Americano e consideram a constituição colombiana de 1991 como a primeira a refletir este movimento. Partindo desta linha de pesquisa, é possível observar que esta e as constituições sul-americanas subsequentes apresentaram diversas características em comum.

Dentre as formais destacam-se: a originalidade; a extensão de seus textos; a complexidade (capacidade de conjugar complexidade institucional e política com simplicidade linguística); e a rigidez (criação de dificuldades procedimentais e materiais para realização de emendas ou reformas constitucionais).

Por sua vez, nas características materiais incluem-se: a preocupação em se positivar uma lista profunda de direitos individuais e coletivos além de inovar na

garantia de direitos específicos de cada país; a busca por integração de grupos marginalizados; a normatividade e superioridade da constituição; a necessidade de superação das desigualdades; a integração latino-americana; e, por fim, uma das principais características, razão deste estudo, a busca por legitimidade democrática através da criação de instrumentos de participação popular no Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

É crescente o entendimento de que a democracia representativa contribuiu para um afastamento entre o povo e seus representantes, sendo corrente a percepção de que os pleitos populares não são atendidos após o período eleitoral. Roberto Gargarella em "Lo "viejo" del "nuevo" constitucionalismo latinoamericano" destaca que as novas reformas se basearam no reconhecimento generalizado de que as instituições políticas funcionam mal e que estas não eram favoráveis a intervenção política cidadã. Porém, apesar de minimizada, a democracia representativa não foi extinta, uma vez que os partidos políticos ainda existem e são atuantes.

As novas constituições trazem a participação popular como um direito fundamental e um dever do cidadão, reservando trechos específicos para reforçar e criar institutos que a dêem efetividade. A idéia central suscitada por elas, diretriz das políticas estatais, é que papel do povo não é mais de mero expectador, mas sim de protagonista político e social que pode e deve intervir diretamente nas decisões e atos do poder constituído.

Como é possível observar, o Novo Constitucionalismo Latino Americano traz uma quebra de paradigmas, uma mudança da perspectiva constitucional e das prioridades e objetivos estatais, propiciando mudanças institucionais profundas em um novo modelo que vem das bases sociais e nelas se inspira. A diminuição das desigualdades sociais perpetradas pela classe dominante ao longo dos séculos é um dos pilares das novas constituições sendo indissociável a necessidade de uma maior participação popular no controle das instituições e da legislação elaborada por seus representantes. Um povo sem voz não modifica o *status quo* e é a busca por um novo cenário social que move este movimento.

3. Controle de Constitucionalidade

Ao se tratar de controle de constitucionalidade é necessário que se tenha em mente duas premissas essenciais: supremacia e rigidez constitucional. Posto que "a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de

diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas” (KELSEN, 1998, Tradução por João Baptista Machado).

No topo da pirâmide normativa, a *Lex Mater* não subordina apenas as leis infra, mas o ordenamento jurídico com um todo. Lênio Streck (1999) leciona que uma nova Constituição implica na criação de um pacto, um contrato social, no qual a sociedade é co-produtora. Logo, deixar de cumpri-la é ferir este contrato. Streck entende que, principalmente em democracias recentes (como é o caso de boa parte dos países sul-americanos), descumprir os preceitos constitucionais é violar os fundamentos do Estado Democrático de Direito, uma vez que este seria oriundo de um processo constituinte originário que marca a derrota de regimes totalitários.

A rigidez constitucional, por sua vez, é igualmente importante como requisito de controle. Rígidas são as constituições que necessitam de um procedimento especial para sua criação e alteração do que aqueles utilizados para normas infraconstitucionais. Se ao poder constituído coubesse alterar o texto constitucional ao seu bel prazer não haveria necessidade de se exercer controle sobre os demais normativos. A *Lex Mater* perderia sua eficácia. Vale salientar que rigidez não é sinônimo de imutabilidade, as constituições podem e devem evoluir, porém é necessário que se respeite os procedimentos complexos para sua alteração.

O controle de constitucionalidade, para fins didáticos, é fracionado em três modelos: concentrado (também chamado de austríaco ou europeu), difuso (também chamado americano ou incidental) e misto (com combinações de elementos dos dois modelos anteriores). O concentrado é assim denominado por conferir a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional a competência para julgamento das questões constitucionais. Porém, há um grande leque de organização destes órgãos que variam em diferentes países. No modelo difuso, qualquer órgão judicial, tanto de primeiro como de segundo grau ou tribunais superiores, tem o poder-dever de afastar, no caso concreto, a aplicação de lei considerada inconstitucional. Em decorrência da união desses dois modelos surgiu o controle de constitucionalidade misto, no qual difuso e concentrado coexistem no mesmo ordenamento. Brasil e Colômbia adotam este modelo, porém há diferenças significativas nas possibilidades de exercício desse controle através da participação popular.

No que tange o controle de constitucionalidade *a priori*, ou seja, antes da norma adentrar no ordenamento jurídico, a carta política colombiana de 1991 prevê em seu artigo 377 que o Congresso, obrigatoriamente, deverá submeter a referendo as reformas constitucionais que tratem de direitos fundamentais, já a constituição

brasileira de 1988 não confere ao povo esta alternativa, ficando a cargo do legislativo, executivo ou do judiciário, este apenas em situação excepcional.

Em sede de controle *a posteriori*, ações de controle difuso e concentrado apresentam pontos em comum nos dois ordenamentos. Desde o Ato Legislativo n°03 de 1910, encontra-se no ordenamento jurídico colombiano a Ação Pública de Inconstitucionalidade, atualmente prevista no art. 40, inciso 06 da carta política. Essa permite que qualquer cidadão recorra a Corte Suprema para contestar leis ou decretos que violem a constituição, sendo pioneira na popularização desta iniciativa de controle.

No Brasil, duas ações se assemelham a essa: a Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Direta de Constitucionalidade. Estas são ações ambivalentes (o deferimento de uma equivale ao indeferimento da outra de mesmo objeto), previstas no artigo 102, inciso I, alínea "a" da constituição brasileira, que também têm por objeto contestar a constitucionalidade de leis em tese. Porém, no caso brasileiro há um rol taxativo de legitimados ativos, previsto no artigo 103 da constituição, e este não inclui o cidadão.

Em ambos os países é possível realizar o controle de constitucionalidade incidental, denominado por via de exceção na Colômbia e arguição de inconstitucionalidade no Brasil. Nestes casos, alega-se a afronta ao texto constitucional na causa de pedir e não no pedido diante de um caso concreto, sendo acessível ao cidadão, mas com efeito meramente *inter partes.*

Em seu artigo 88, a *Lex Mater* colombiana prevê também a Ação Popular como mecanismo de participação cidadã no controle de constitucionalidade. Esta ação visa sanar ameaça ou violação a direito coletivo. Ela traz a possibilidade de realização do "pacto de cumprimento", acordo entre as partes, revisto pelo juiz, que determina uma forma de proteção dos direitos e interesses coletivos e o restabelecimento das coisas a seu estado anterior, se for possível. Diante disso, pode-se assimilar a celebração deste pacto à existência, no direito pátrio brasileiro, do termo de ajustamento de conduta, previsto no artigo 5°, § 6°, da Lei n°7347/85, que trata das Ações Civis Públicas. Este termo permite a exigência, na qualidade de título executivo extrajudicial, de acordos firmados no âmbito destas ações para corrigir e/ou indenizar danos morais e patrimoniais causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. É válido ressaltar que apesar de alguns doutrinadores entenderem pela possibilidade de se arguir a inconstitucionalidade por via incidental em sede de Ação

Civil Pública, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram pela impossibilidade.

No sistema colombiano encontramos também as Ações de Cumprimento, previstas no artigo 87 da constituição. Por meio destas, qualquer pessoa pode recorrer à autoridade judicial para solicitar o efetivo cumprimento de normas aplicáveis com força de lei ou ato administrativo. Caso a sentença seja procedente, ordenará que a autoridade cumpra o dever omitido. Nesse sentido, de sanar as omissões estatais, é possível que se tente correlacionar estas ações a nossa Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (atrelada ao rol taxativo de legitimados ativos do artigo 103 da constituição) e ao nosso Mandado de Injunção, previstas nos artigos 103, § 2° e 5°, inciso LXXI da *Lex Mater* brasileira, respectivamente. Porém, enquanto as ações pátrias visam sanar omissão legislativa em tese, seja total ou parcial, essa ação colombiana trata apenas de normativos já existentes que o Estado esteja descumprindo.

Sendo assim, na prática, ela se assemelha mais ao nosso Mandado de Segurança, que, apesar de não ser instrumento de controle de constitucionalidade, "trata-se de um remédio destinado a assegurar a execução de um ato normativo (lei em sentido formal ou material) já existente, não sendo apto a impugnar omissões normativas em aberto" (DORE FERNANDES; LEGALE FERREIRA, 2014). É válido ressaltar que as Ações de Cumprimento têm caráter subsidiário e serão consideradas improcedentes caso o direito almejado possa ser garantido por outro instrumento judicial, exceto se evitar prejuízo grave e eminente ao acionante.

Ao cidadão colombiano cabe mais uma alternativa de controle de constitucionalidade difuso, a Ação de Tutela, previstas no artigo 86 da carta política. Essa tem por objetivo a proteção imediata de direitos constitucionais fundamentais violados ou ameaçadoss pela ação ou omissão da autoridade pública. A legitimação para propô-la é aberta, cabendo a qualquer pessoa, natural ou jurídica, que tenha seu direito fundamental violado ou ameaçado, além de poder ser interposta em qualquer momento e lugar mediante um procedimento preferencial e sumário, o que lhe permite amparar uma gama enorme de situações.

Assemelha-se em certo ponto ao pedido de antecipação de tutela existente em nosso processo civil e constitucional, uma vez que a proteção gerada por essas ações consiste em uma ordem imediata para que a autoridade atue ou se abstenha, conforme o pedido. Sendo vedado que em qualquer caso se transcorra mais de dez dias entre a solicitação e sua resolução.

Apesar de não possuir ação de controle semelhante no sistema brasileiro, há uma certa proximidade com a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), uma vez que ambas visam amparar direitos fundamentais e apresentam caráter subsidiário, ou seja, só podem ser processadas se o demandante não dispuser de outro meio judicial para alcançar a tutela almejada. A ADPF, porém, direciona-se mais a evitar e/ou sanar violações aos preceitos fundamentais da Constituição, o que de forma indireta garantem direitos concretos e sua legitimidade ativa é restrita ao rol taxativo do artigo 103 da constittuição, já a Ação de Tutela busca assegurar justamente o direito constitucional do cidadão, de forma direta e ágil sendo possível que este a impetre.

A despeito da restrita legitimidade ativa, a ADPF se destaca ao trazer um importante mecanismo de participação popular, dado a inexistente possibilidade em outras ações de controle abstrato. Após a apreciação do pedido de liminar, se o relator entender necessário, poderá fixar data para audiência pública de pessoas com experiência e autoridade na matéria, isso inclui, por exemplo, entidades representativas da sociedade civil, estudiosos, cientistas, Igrejas, etc. Além de ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais e designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão.

Em ambos os países, estas ações têm assumido grande relevância no cenário jurídico ao tratar de assuntos com profundo envolvimento social. Em sede de Ação de Tutela já tratou-se de igualdade racial , violação aos direitos de imagem, discriminação baseada em orientação sexual, proteção dos direitos trabalhistas de profissionais do sexo, dentre outros e no bojo de ADPF a Suprema Corte brasileira já tratou de temas como o aborto de fetos anencéfalos, legalidade das manifestações pró-maconha, sistema de cotas em universidades públicas com base em critério étnico-racial, etc.

O pioneirismo colombiano não se restringe à efetiva participação popular no controle de constitucionalidade. O seu Tribunal Constitucional além de ser considerado um dos mais destacados na defesa dos direitos humanos em todo o mundo, criou, ao longo de sua existência, diversas teses, técnicas decisórias e institutos jurídicos que influenciam não só a pesquisa acadêmica, mas também posturas e decisões em diversos tribunais pelo mundo.

Atualmente, uma técnica que tem sido bastante difundida e cada vez mais aceita por renomados operadores do Direito é a que trata do chamado "Estado de Coisas Inconstitucional" (ECI). Esta se configura a partir do reconhecimento pelo Tribunal da existência de uma política pública da qual nascem violações massivas e reitera-

das aos direitos humanos. O ECI foi reconhecido pela primeira vez na Sentença de Unificação (SU) 559/1997 que, em sede de revisão de sentença de Ação de Tutela, reconheceu a constante violação do direito fundamental à saúde dos professores.

Apesar de não estar prevista na Carta Política ou em qualquer outro ato normativo, esta técnica "permite à Corte Constitucional impor aos poderes do Estado a adoção de medidas tendentes à superação de violações graves e massivas de direitos fundamentais, e supervisionar, em seguida, a sua efetiva implementação" [168]. Isto é, ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, o Tribunal deverá fixar "remédios estruturais" que visem à criação e execução de políticas públicas. Esta postura ativista não seria possível diante de decisões mais tradicionais. Contudo, levando em consideração essa ampliação do campo de atividade da Corte, em respeito à separação de poderes, esta deve ser uma medida excepcional, utilizada somente quando a violação dos direitos fundamentais é grave e reiterada e a intervenção judicial se faz essencial para saná-la, uma vez que se verifica um "bloqueio institucional" para garantia desses direitos.

A jurisprudência colombiana utilizou esta técnica em algumas decisões, mas destaca-se o reconhecimento da ineficácia do sistema prisional baseado na inexistência de uma política criminal e na negligência e ineficácia dos responsáveis pelo sistema carcerário, bem como a incapacidade deste sistema em assegurar os direitos humanos dos reclusos, uma vez que não é capaz de garantir o direito a saúde e assistência médica, por exemplo.[169]

A técnica do Estado das Coisas Inconstitucional não ficou restrita ao âmbito da Corte Constitucional da Colômbia, recentemente o reconhecimento do ECI foi solicitado junto ao Supremo Tribunal Federal, em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que questiona as constantes violações aos direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro e decisões similares já foram também verificadas no Peru[170]. Logo, é cada vez mais evidente a importância da jurisdição constitucional colombiana, em especial diante de temas suscitados pelos cidadãos, no cenário jurídico mundial.

4. Considerações Finais

"A democracia é a pior forma de governo imaginável, à exceção de todas as outras que foram experimentadas". Esta frase atribuída ao Primeiro Ministro bri-

---

168. Conforme leciona o grande jurista brasileiro Daniel Sarmento na petição inicial da ADPF n°347.
169. Entendimento consolidado nas Sentenças T-153/1998, T-590/1998 e T-606/1998.
170. Conforme decisão liminar na ADPF n°347 no Brasil e Sentença 2579-2003-HD/TC no Peru.

tânico Winston Churchill (1874-1965) ainda se faz atual e, de certa forma, retrata bem o porquê da análise aqui realizada.

Na presente investigação buscou-se analisar as formas de atuação popular no controle de constitucionalidade na Colômbia e no Brasil a fim de compreender como países tão próximos geograficamente e com semelhanças na sua evolução histórica e até mesmo em sua estrutura estatal se portam de maneira tão diversa quando assunto é dar voz ao seu povo frente às ações estatais e, assim, buscar possíveis alternativas de aprimoramento do sistema brasileiro no que tange a democracia direta.

Não há aqui a pretensão de sanar todos os problemas de nossa recente democracia nem determinar que o sistema colombiano seja o ideal a ser aplicado em um país com dimensões continentais como o nosso. Mas, é certo que a existência de leis inconstitucionais é o primeiro sinal de que o Estado não está “funcionando” como deveria e que no Brasil, diante desta situação, pouco poder permanece nas mãos do povo e muito se concentra em seus representantes. Ora, se o povo é o maior afetado pela ineficiência estatal e, em uma democracia, deveria ser o titular do poder maior, por que não lhe conferir o direito de controlar as ações estatais?

Nesse sentido, a Colômbia como parâmetro comparativo não foi escolhida aleatoriamente. Sua carta política permite ao povo fiscalizar, opinar e controlar as ações do Estado. Em sede de controle de constitucionalidade a participação popular é ampla, seja de modo direto ou indireto. O Brasil, entretanto, não fez a mesma opção. Nossa constituição, apesar de progressista, ainda valoriza excessivamente a democracia representativa. No que tange o controle de constitucionalidade, como mostrado nesta análise, o cidadão fica restrito ao caso concreto e possui diversas barreiras legais e institucionais para cobrar o exercício de nossa *Lex Mater.*

Logo, pode-se concluir que: a democracia representativa é insuficiente para atender às demandas populares; o Brasil ainda a valoriza excessivamente; há a necessidade de se conferir ao povo brasileiro mais alternativas para fiscalizar, opinar e controlar as ações do Estado, porém, ao contrário da Colômbia, nosso país possui uma enorme extensão territorial e uma das maiores populações mundiais, sendo inviável conferir ao cidadão a legitimidade ativa nas ações de controle abstrato pura e simplesmente, uma vez que a alta demanda inviabilizaria os trabalhos da Corte Suprema. Então, o que fazer?

No que concerne o controle de constitucionalidade, algumas medidas poderiam ser tomadas para evitar o excesso de ações judiciais. Sugere-se, por exemplo:

a) Similar ao modelo colombiano, permitir o exercício de controle prévio pelo cidadão. Alguns temas de grande relevância, como emendas à constituição que tratem de direitos fundamentais, passem a exigir consulta à população;

b) Como já ocorre nos projetos de lei de iniciativa popular no Brasil, ações de controle abstrato possam ser impetradas pela população desde que subscritas por uma porcentagem mínima do eleitorado;

c) Modificar a Lei n°9868/99, que trata das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, para ampliar as possibilidades de audiências públicas a fim de incentivar a participação popular no processo de controle abstrato;

d) A criação de um site ou canal direto específico para denúncias de violações constitucionais sejam elas no caso concreto ou de forma abstrata, facilitando o acesso dos atuais legitimados a situações enfrentadas pelo povo; e, por fim,

e) A conscientização da sociedade em longo prazo, ensinando-se nas escolas sobre os limites ao poder do Estado e como exigir nossos direitos constitucionais de forma direta, utilizando a via judicial como última saída, dentre outras.

Não há a ilusão de que estas são as únicas alternativas ou a solução para o sistema como um todo, nem que isto será possível sem uma reforma política, muito menos que tais mudanças serão facilmente aprovadas. Mas, tais conjecturas são importantes na medida em que questionam o porquê da apatia frente às instituições e alertam sobre a necessidade de rever nosso sistema democrático.

Referências Bibliográficas

BALDI, C. A. Novo Constitucionalismo Latino-Americano: considerações conceituais e discussões epistemológicas. In: WOLKMER, A. C.; CORREAS, O. (Orgs.), Crítica Jurídica na América Latina. Florianópolis: Cenejus, 2013. Disponível em: http://www.nepe.ufsc.br/files/2013/12/Crica-Juridica-na-America-Latina.pdf. Acesso em 19 de dez. 2015.

BARROSO, L. R. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2012.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html. Acesso em 10 de dez. 2015.

Constitución del Ecuador, 2008. Disponível em: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em 10 de dez. 2015.

Constitución Política de Colombia, 1991. Disponível em: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125. Acesso em 10 de dez. 2015.

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009. Disponível em: http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20 Consitucion.pdf. Acesso em 10 de dez. 2015.

Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10 de dez. 2015.

DA SILVA JÚNIOR, G. L. O pluralismo jurídico transformador latino-americano frente à incapacidade institucional e do moderno Estado de Direito. In: WOLKMER, A. C.; CORREAS, O. (Orgs.), Crítica Jurídica na América Latina. Florianópolis: Cenejus, 2013. Disponível em: http://www.nepe.ufsc.br/files/2013/12/Crica-Juridica-na-America-Latina.pdf. Acesso em 19 de dez. 2015.

DA SILVA, C. M. C. Participação popular e os processos de reforma constitucional nas constituições sul-americanas. Rio de Janeiro: Seminário Reflexões sobre o Novo Constitucionalismo Latino- Americano, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2014.

DA SILVA, P. M. C. Jurisdição constitucional na Colômbia e o poder político do cidadão diante da Corte Constitucional. Disponível em: http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/507412. Acesso em 24 de maio 2015.

DALMAU, R. M. Assembleas constituíntes e novo constitucionalismo em América Latina. Revista Tempo Exterior, 2008.

DALMAU, R. M.; DA SILVA JÚNIOR, G. L. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano e as possibilidades da constituinte no Brasil. In: DIEHL, D. A.; DA SILVA JÚNIOR, G. L.; RIBAS, L. O.; GEBRIN, R. G.; PAZELLO, R. P. (Orgs.). Constituinte Exclusiva – Um outro sistema político é possível, 2014. Disponível em: http://www.plebiscitoconstituinte.org.br/sites/default/files/material/Livro%20 Juridico%20Constituinte%20Exclusiva%202014.pdf. Acesso em 15 de jan. 2016.

DORE FERNANDES, E. C.; LEGALE FERREIRA, S. O controle jurisidicional das omissões legislativas no novo constitucionalismo latinoamericano: um estudo comparado entre Brasil e Colômbia. Disponível em: http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/O-CONTROLE-JURISDICIONAL-DAS--OMISS%C3%95ES-LEGISLATIVAS-NO-NOVO-CONSTITUCIONALISMO--LATINO-AMERICANO-UM-ESTUDO-COMPARADO-ENTRE-BRASIL-E--COL%C3%94MBIA.pdf. Acesso em 24 de maio 2015.

FAJARDO, R. Y. El pluralismo jurídico en la historia constitucional latinoamericana: de la sujeción a la descolonización. Disponível em: http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/destaques-do-site/seminario-pluralismo-juridico-muticultu ralismo--material-remetido-pelosxpositores. Acesso em 01 de out. 2012.

FERREIRA MENDES, G.; GONET BRANCO, P. G., Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2015.

GARGARELLA, R. Lo “viejo” del “nuevo” constitucionalismo latinoamericano. Disponível em: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/SELA15_Gargarella_CV_Sp.pdf. Acesso em 03 de nov. 2015.

KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. Tradução por MACHADO, J. B. São Paulo: Martins Fontes, 1998 [1881-1973].

LIMA MARQUES, G. Instrumentos de participação popular no Novo Constitucionalismo Latino Americano. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=178fde6398864e33. Acesso em 15 de jan. 2016.

ORIO, L. H. Situando o novo: um breve mapa das recentes transformações do constitucionalismo latino-americano. In: WOLKMER, A. C.; CORREAS, O. (Orgs.), Crítica Jurídica na América Latina. Florianópolis: Cenejus, 2013. Disponível em: http://www.nepe.ufsc.br/files/2013/12/Crica-Juridica-a-America-Latina.pdf. Acesso em 19 de dez. 2015.

PADILHA, R. Direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, Método, 2014.

PASTOR, R. V.; DALMAU, R. M. ¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?. Disponível em: http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf. Acesso em 03 de nov. 2015.

SARMENTO, D.; FERNANDES, M.; CESARIO, J. A. G.; OSORIO, L. M.; LOPES, E. L. P.; VILA, J. C. Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n°347. Disponível em: http://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf. Acesso em 29 de mar. 2016.

STRECK, L. L. Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

A ANTROPONÍMIA NA BUSCA DA FELICIDADE E CIDADANIA PARA PESSOAS TRANSEXUAIS NO BRASIL: ALGUMA POSSIBILIDADE?

Sandra Maria Besso[171] e Gabriel Schutz[172]

1. Introdução

Recentemente, a felicidade foi inserida na seara jurídica brasileira, pois, foi reconhecido "O direito à busca da felicidade" na jurisprudência, pelo Supremo Tribunal Federal, corte máxima do país, como derivado da dignidade humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil, instituído pelo artigo I, III da Constituição Federal. (RE 477.554 - Recurso Extraordinário, Rel. Celso de Mello, Informativo n.635).

Silva (2012, p. 374), relata que jurisprudência, derivado do latim *jurisprudentia,* de *jus (*direito, ciência do direito) e *prudentia,* (sabedoria), entende-se literalmente como a ciência do direito vista com sabedoria e, sobremaneira significa, [...] extensivamente assim se diz para designar o conjunto de decisões acerca de um mesmo assunto ou a coleção de decisões de um tribunal; em igual entendimento, Florencio (2010, p. 218), observa que é a orientação uniforme dos tribunais na decisão de casos semelhantes.

A felicidade se reflete diretamente na saúde tanto física quanto mental do ser humano e, a partir do momento em que o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 estipulou que o direito à saúde é "de todos e dever do Estado" e que ocorre mediante "políticas sociais e econômicas", as pessoas transexuais prescindem de uma política pública, que, segundo Monteiro (1982, p. 15), "é um sinônimo quase perfeito de política governamental", visando propiciar-lhes saúde e, consequentemente, felicidade.

---

171. Advogada Doutoranda em Saúde Coletiva pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) do Instituto de Estudos em Saúde Coletiva (IESC). Mestre em Poder Judiciário pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Contato: sm.besso@gmail.com.

172. Biomédico Doutor em Saúde Pública. Professor Adjunto pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) do Instituto de Estudos em Saúde Coletiva (IESC). Contato: gabriel@iesc.ufrj.br.

Para o entendimento de política pública convém salientar que não existe uma única, nem melhor, definição sobre o termo. Alguns autores dão conta que a melhor definição é que seja como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas; enquanto que outros autores as têm como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos. E também descrevem políticas públicas como a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos (SOUZA, 2006, p. 24).

2. A saúde e sua evolução na órbita jurídico-constitucional no Brasil

A Constituição é "[...] a declaração de vontade política de um povo, feita de modo solene por meio de uma lei que é superior a todas as outras e que, visando à proteção e à promoção da dignidade humana estabelece os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais e do governo. " (DALLARI, 1985, p. 19).

Na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde foi inserido no capítulo da Seguridade Social, disciplinando que é dever do Estado promovê-la. Dispõem os artigos 196 e 197 da Carta Cidadã, como ficou conhecida a Constituição Federal de 1988:

"Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação." (BRASIL, 1988).

"Art. 197 São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. " (BRASIL, 1988).

Em 19 setembro de 1990 foi promulgada a Lei nº 8.080 que dispôs sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. O artigo 2º da referida lei reza que:

"Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. " (BRASIL, 1990)

O conceito de saúde deve ser analisado sob a perspectiva da evolução histórica e social e somente na Constituição Federal vigente passou a integrar o texto constitucional. Esta inclusão foi oriunda da Reforma Sanitária, na qual uma mobilização social composta de militantes políticos e profissionais da saúde pensou em uma saúde igualitária.

Tanto a Constituição Federal de 1988 quanto a Lei nº 8.080/90 almejam a efetividade do direito à saúde implementada pelo Sistema Único de Saúde - SUS - e dizem respeito à cidadania calcada em uma vida digna para todos os cidadãos brasileiros, inclusive as pessoas transexuais, objeto do presente estudo. Como se falar em dignidade se não há possibilidade de obtenção de um nome condizente com o gênero reconhecido, a não ser que se ingresse na máquina judiciária? De que efetividade do direito à saúde se fala?

Mesmo com a efetivação da legislação que concerne o direito à saúde existem casos em que o cidadão necessita recorrer ao Poder Judiciário para a concreta consolidação dessa prerrogativa legal. Assim, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve um aumento ao acesso à justiça nas questões de "saúde" visto que os cidadãos, quando não conseguem obter o que necessitam para sua saúde, recorrem, muitas vezes, ao Poder Judiciário.

3. Saúde - O acesso à justiça para sua obtenção

O Poder Judiciário, ao longo das últimas décadas, passou por grandes transformações, sendo que nos anos 1950 e 1960 a ideia de justiça social não o norteava. Já nos anos 1970 e 1980 os regimes autoritários[173] não propiciaram seu fortalecimento, uma vez que não lhes interessava um Judiciário atuante, que pudesse influenciar nas esferas diversas do poder. Não havia, até então, significativo número de ações relativas às demandas de saúde perante o Poder Judiciário, mesmo porque a saúde não era direito fundamental, ou seja, disciplinado pelas Constituições Federais vigentes à época. Em suma, o acesso à Justiça nas questões de saúde não se fazia notar.

A partir da mudança de paradigma constitucional propugnado pela Constituição Federal de 1988 na qual a saúde passa a ser disciplinada como direito fundamental, o ingresso à máquina judiciária se faz crescente e, desta forma, observa-se que o acesso à Justiça nas questões da saúde no Brasil vem aumentando nos últimos anos, haja vista o crescente número de ações relativas ao tema propostas nos

173. Regimes marcados pelo autoritarismo, consubstanciando um método de fazer política no qual o governo é usado para controlar a vida dos indivíduos ao invés de estar submetido a controle democrático pelos cidadãos (JOHNSON, 1997, p. 25).

tribunais. Indaga-se, porém, se, apesar deste crescimento, no contexto do Estado Democrático de Direito, tal inclusão pode ser considerada efetivada, visto que o direito à saúde não atinge grande camada da população em território brasileiro.

Segundo Dimoulis, (2012, p.187), "[..] o Estado Democrático de Direito é o modelo de organização que objetiva concretizar a justiça social, para o que a Constituição fixa metas socioeconômicas em preceitos programáticos a serem implementadas em políticas públicas sucessivas[...]".

Percebe-se que, apesar do aumento significativo das demandas judiciais, uma camada da população ainda desconhece seus direitos, bem como a possibilidade de acionar a máquina judiciária para sua obtenção, reforçando, portanto, a ideia de que há um questionamento quanto à saúde entendida como um direito para todos, como preconizado na Carta Cidadã.

Tal questionamento será observado no presente trabalho no que diz respeito ao acesso à justiça das pessoas transexuais que desejam o seu prenome condizente com o gênero que se reconhecem que, implica diretamente em sua saúde, tanto física quanto emocional.

O acesso à justiça, no entendimento de Cappelletti e Garth:

[...] "pode, portanto, ser encarado como um requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos" (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12).

Assim, o direito de todos na perspectiva de um sistema jurídico igualitário fez com que houvesse aumento significativo do acesso ao Poder Judiciário nas questões relativas à "saúde". Tal aumento tornou-se tão significativo que o Supremo Tribunal Federal, promoveu oito sessões, nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 5 e 6 de maio de 2009, com o título: "Audiência Pública – Saúde" (BRASIL, 2015).

Para o Supremo Tribunal Federal, as audiências públicas no Poder Judiciário foram previstas, inicialmente, pelas leis 9.868/99 e 9.882/99, que disciplinam processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental.

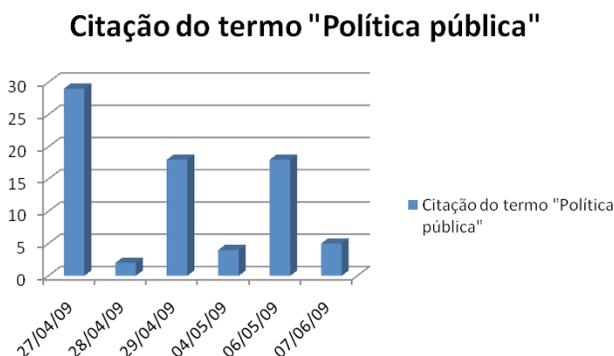
No âmbito do Supremo Tribunal Federal, as audiências públicas foram regulamentadas pela Emenda Regimental 29/2009, que atribuiu competência ao Presidente ou ao Relator, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno, para "*convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de*

interesse público relevante" debatidas no Tribunal. O procedimento a ser observado consta do art. 154, parágrafo único, do Regimento Interno" (BRASIL, 2015).

4. "A Audiência Pública - Saúde" do Supremo Tribunal Federal

Na "Audiência Pública – Saúde" do Supremo Tribunal Federal foram discutidos pontos relevantes da temática "Saúde", com vários representantes da sociedade civil e órgãos públicos, que tiveram a oportunidade de se manifestar apontando, sobretudo, o caos no cenário nacional do direito à saúde, direito fundamental consignado na Carta Cidadã, por intermédio de arguições e propostas.

Ora, o exercício da cidadania prescinde de políticas públicas que atuem de forma a propiciar sua plena realização. Em nossa análise pudemos observar que os atores envolvidos no cenário jurídico da Audiência Pública de Saúde mencionaram a expressão "política pública" em várias ocasiões determinando o propósito da necessidade de uma intervenção do Estado nas questões do direito à saúde, apesar de esse direito estar consolidado na Carta Magna e ter lei específica. O Gráfico 1: Ocorrência do termo "política pública" na AP-04, do STF, abaixo, demonstra uma análise gráfica e estatística dos números das sessões e quantas vezes o termo foi citado em cada dia.

Gráfico 1: Ocorrência do termo "política pública" na AP-04, do STF

Quantidade de citações amostradas: 2, 4, 5, 18, 18, 29

Fonte: Autor

Moda para dados agrupados sem intervalos de classe = valor mais ocorrente na amostra: 18

Mediana para dados agrupados sem intervalos de classe, com número de observações pares = media aritmética dos dois valores que ocupam posição central na amostra:

$$Md = \frac{x_{\left(\frac{n}{2}\right)} + x_{\left(\frac{n}{2}+1\right)}}{2} \qquad Md = \frac{5+18}{2} = 11,5$$

Media aritmética = quociente da divisão da soma de todos os valores da variável pelo numero deles:

$$\overline{X} = \frac{\Sigma x_i}{n} = \frac{x_1 + x_2 + \ldots + x_n}{n} = \frac{2+4+5+18+18+29}{6} = 12,7$$

Depreende-se através do levantamento dos elementos abordados pela estatística, no presente estudo, que a expressão "política pública" se fez presente nas mencionadas audiências públicas do Supremo Tribunal Federal, confirmando sua relevância. Logo, para que ocorra a tão almejada efetividade na questão da saúde, há que se pensar na conjugação entre o Estado atuante por meio de políticas públicas que promovam verdadeiramente as ações de saúde, bem como pelo Poder Judiciário dando as respostas necessárias à sociedade, de forma satisfatória. Ressalta-se que essas audiências aconteceram dentro de um debate direcionado sob a ótica jurídica.

Desta forma, os universos da saúde e do direito vêm estreitando seus laços, haja vista que o Poder Judiciário se tornou protagonista nas questões da saúde, pois que significativa parcela da população brasileira, que não obtém amparo em outro sistema, a ele vem recorrendo, como sua última e derradeira esperança.

Ressalta-se que, apesar da importância das políticas públicas que versem sobre as pessoas transexuais, este tema não será abordado com maior abrangência no presente estudo, cujo foco será a perspectiva da Antroponímia na conquista da cidadania para as pessoas transexuais. Mesmo porque não há políticas públicas específicas para as pessoas transexuais visando um acompanhamento de saúde nos moldes propostos pelo Sistema Único de Saúde – SUS, no qual dentre seus princípios norteadores encontra-se o da integralidade, consubstanciada na ideia de promoção, proteção e recuperação da saúde, nos termos do disposto no art. 7º, inciso II, da Lei 8.080/90.

Inegavelmente conquistas importantes vêm sendo obtidas, como, por exemplo, a possibilidade da realização da cirurgia de transgenitalização. O Conselho Federal de Medicina, por intermédio da Resolução nº 1.482/1997 permitiu que fossem realizadas as cirurgias de “mudança de sexo”, de caráter experimental, em alguns hospitais de universidades brasileiras e públicos, desde que determinados critérios fossem cumpridos, tais como: maioridade, acompanhamento de equipe multidisciplinar, ausência de transtornos mentais e outros.

No ano de 2002, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.652, na qual se permitiu que as cirurgias fossem realizadas em hospitais públicos e privados, sendo necessário que algumas condições fossem cumpridas: que haja um desconforto em relação ao sexo anatômico natural, que o paciente declare expressamente o seu desejo de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto, que a permanência desses distúrbios exista há pelo menos dois anos, de maneira contínua e consistente, e que não existam outros transtornos mentais.

Através da Portaria GM nº 1.707 de 18/08/2008, foi instituído, no Sistema Único de Saúde – SUS – a implementação do procedimento de transgenitalização e, através da Secretaria de Atenção à Saúde, do Ministério da Saúde, é editada a Portaria nº 457 de 19/08/2008 regulamentando o processo transexualizador no SUS[174] (BRASIL, 2008). Vale salientar que a Portaria GM nº 1.707/2008 foi reeditada e ampliada pela Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013, que redefine e amplia o processo transexualizador no SUS (BRASIL, 2013).

Observa-se que a mencionada cirurgia não corresponde ao desejo de todos/as transexuais, visto que nem todos/as querem a ela se submeter. Corroborando essa perspectiva, aponta-se, por exemplo, que o movimento político norte-americano reconhece três tipos de transexuais, entre estes, o indivíduo que escolhe ser transexual mas que rejeita o tratamento hormonal e cirúrgico (BERUTTI, 2010, p. 151).

Para que possa se realizar a cirurgia, de forma graciosa, no Sistema Único de Saúde, critérios foram estabelecidos e, assim, segundo BORBA (2016, p. 39), “No cuidado à saúde trans-específico, a entextualização de discursos patologizantes se materializada na imposição institucional de um diagnóstico psiquiátrico para que o SUS forneça as intervenções corporais gratuitamente”.

---

174. Inclui a Transgenitalização, ou seja, a prática cirúrgica para a troca de sexo que, resumidamente, utiliza os tecidos do pênis e da bolsa escrotal para configurar uma genitália externa feminina aproveitando, inclusive, a glande para simular um de útero colo (Edgerton, citado por FRANCO et al, 2010, p. 426).

Ressalta-se que , na prática, poucos hospitais estão aptos a realizarem o procedimento cirúrgico nos estados da federação, e, assim, o acesso ao processo transexualizador, incorporado ao sistema público de saúde brasileiro, atravessa uma fase difícil, como pode ser observado por Salles (2016), em reportagem no jornal O Globo, do Rio de Janeiro, onde destaca que após a edição da Portaria nº 457/2008, o Hospital Universitário Pedro Ernesto (HUPE), da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, é credenciado para efetuar as etapas do processo ora abordado, quais sejam: acompanhamento psicológico, terapia hormonal, colocação de próteses e cirurgia de transgenitalização.

Contudo, as pessoas transexuais não dispõem de setor específico, são atendidos no ambulatório de reconstrução genital do Departamento de Urologia, juntamente com pacientes com câncer de pênis e intersexualidade que, uma vez por semana, podem agendar suas consultas.

Cabe registrar que intersexualidade, é uma nova interpretação dada pela medicina para o fenômeno anteriormente conhecido como hermafroditismo. O credenciamento do HUPE, ainda segundo a reportagem, trouxe mais problemas do que benefícios para a unidade de saúde pois equipamentos e recursos humanos não são contemplados na habilitação dos hospitais.

Além do mais, a própria possiblidade de ingresso no mencionado sistema de saúde se faz de maneira desigual e discriminatória. Entende Fernandes (2015, p. 28) que: "Diante da desigualdade de condições para a realização de sua identidade, ao transexual resta, em princípio, a postura conformista de admirar os valores hegemônicos e a eles se adaptar. "

Tal desigualdade e discriminação se verifica no fato de que o sistema de saúde vem sendo pautado na perspectiva binária de gênero, na qual se desconhece as necessidades de saúde que dizem respeito a este coletivo.

Nesse sentido, Vergueiro (2015, p. 116), nos ensina que: "as reflexões sobre protagonismos "trans" são necessariamente atravessadas pela questão-política e econômica – de quem ocupa os espaços de poder e decisão a respeito do atendimento específico às necessidades de saúde das populações trans."

5. O acesso ao Poder Judiciário para obtenção de um nome que seja de acordo com o gênero

O Poder Judiciário se depara com o aumento significativo do número de ações vinculadas à saúde, inclusive das pessoas transexuais, que para terem saúde emocional e felicidade, necessitam ingressar na máquina judiciária para

obterem a conquista de um prenome que seja condizente com o gênero que se reconhecem, independentemente de terem ou não realizado a cirurgia de transgenitalização, pelo fato de não haver legislação que possibilite tal fato, bem como necessitam de políticas públicas que versem sobre sua saúde.

6. A antroponímia e o gênero

Antroponímia é uma ciência que estuda os nomes das pessoas. Esta abordagem, de origem antropológica, consiste em uma disciplina secundária do estudo dos nomes próprios pela Onomatologia, ciência que se subdivide, além da antroponímia, na Toponímia- que estuda os nomes dos rios, lagos, árvores, etc e Pantonímia - que estuda outros nomes próprios, como, ventos, animais e outros (VASCONCELLOS, 1928, p. 2).

Platão (2001 apud MOREIRA, 2010, p. 2916), estabelece que nomear é um ato de identidade, que promove a identidade, o nome separa através da diferenciação uma coisa da outra, separa e difere os seres, estados de coisas e, de forma concreta, cria a identidade e as distingue. Podemos entender que nomes estão intrinsecamente ligados à identidade.

As estruturas jurídicas, por sua vez, estabelecem as pessoas nos grupos sociais e, nesse sentido, é determinante pertencer a um gênero. Por exemplo, se é homem João, se mulher, Maria.

Nesse panorama, indaga-se como se encaixa a pessoa transexual, visto que necessita ser reconhecida em um gênero que se identifica e que, consequentemente, não se estabiliza, pois necessita possuir a identidade genérica que a caracterizaria e a tornaria compatível para identificar-se com o nome que lhe traria cidadania e felicidade. Butler (2003), enfatiza que o gênero é articulado ao sexo de cada sujeito, determinando dessa forma que desde o nascimento gênero e vida estão marcados.

O Código Civil de 2002 dispõe em seu art.16 que: *"Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome"*, ampliando, portanto, esse direito essencial da personalidade. Fica, dessa maneira, consagrada no ordenamento civil pátrio a relevância do nome, que singulariza os indivíduos, particulariza suas existências e permite que sejam identificados, bem como diferenciados no seio da sociedade.

Quadro comparativo relativo ao emprego do NOME nos Códigos Civis de 1916 e 2002.

Código Civil de 2016	Código Civil de 2002
- O nome não era considerado um direito.	- O nome passou a ser um direito da personalidade, tendo um capítulo composto de onze artigos.
- A finalidade do nome consistia principalmente em designar a família ao qual o sujeito pertencia.	- O nome é empregado da mesma forma.
- O nome era utilizado de diferentes maneiras, tais como: -art. 271, I, 324, 368, 487 – como nome por inteiro	- Os artigos 16, 17, 18 e 19 mencionam o "nome"
- Art. 195, I, II – usadas as expressões nome e prenome	- Art. 16- menciona nome, sendo nele compreendidos o prenome e o sobrenome.
- Art. 240- "apelidos"	- Art. 1064 - "Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro

Fonte: O autor

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1604 determina que "Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro". (BRASIL, 2007, p. 341). A Lei 6.015/73 (BRASIL, 1973), no parágrafo único do artigo 55 dispõe que:

"Parágrafo único- Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do juiz competente."

O artigo 58 da referida lei rege que:

"Art. 58- O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

Parágrafo único- A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público."

Este artigo foi alterado, sendo que, anteriormente era estabelecido que: *"O prenome será imutável"* e, assim, a partir do momento em que uma pessoa é exposta

ao ridículo pelo seu nome, poderá alterá-lo, pois a flexibilização da imutabilidade o permite. O intuito da nova redação deste artigo é o de evitar que hajam danos à saúde desta pessoa, física ou psíquica, pela exposição a que ela se submetia.

7. Considerações finais

Entendemos que a exposição, e consequente desconforto, se substancia no sofrimento que passam as pessoas transexuais quando decidem alterar seus nomes no registro civil, uma vez que a este respeito não existe, em nosso país, legislação que permita que seja alterado o nome de acordo com a identidade de gênero que a pessoa se reconhece. Constata-se que avanços políticos *vêm sendo obtidos* no que diz respeito ao nome social. Existem iniciativas que dão conta de propiciar *à pessoa* transexual o direito ao nome embasadas, inclusive, pelo Congresso Nacional através da PL 5002/2013 (CÂMARA, 2016). No Brasil, já se reconhece o nome social - aquele pelo qual a pessoa é conhecida em sua comunidade ou meio social - em microesferas, a saber, algumas universidades, bancos, e repartições públicas. Todavia, é um paliativo; se considerarmos a Antroponímia e a real importância do nome para as pessoas, constatamos o abismo que separa as pessoas transexuais do direito pleno à felicidade e à cidadania.

Referências Bibliográficas

BERUTTI, Eliane Borges (2010): **Gays, lésbicas, transgenders**: o caminho do arco-íris na cultura norte-americana. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2010.

BRASIL. [Código civil (2002)]. **Código civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil –** 1988. Rio de Janeiro: Saraiva, 1988.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.707, de 18 de agosto de 2008.** Disponível em: < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013.** Disponível em: < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Brasília, DF, 1973.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 7 jun 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiências públicas** – apresentação – 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>. Acesso em: 29 maio 2015.

BORBA, Rodrigo (2016): Receita para se tornar um “transexual verdadeiro”: discurso, interação e (des) identificação no Processo Transexualizador. **Trabalhos em Linguística Aplicada**, Campinas, v. 55, n. 1, p. 33-75.

BUTLER, Judith (2003): **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Rio de janeiro: Civilização Brasileira.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 5002/2013**: dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. 2016. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>. Acesso em: 22 set 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant (1988): **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.482/1997.** Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 02 maio 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.652/2002.** Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 02 maio 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu (1985): **Constituição e constituinte**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

DIMOULIS, Dimitri (org.) (2012): **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva.

FERNANDES, Eder (2015): Violência e ressentimento: um ensaio sobre as raízes da transfobia. In: GEISLER, Adriana Ribeiro (org.). **Protagonismo trans***: política, direito e saúde na perspectiva da integralidade. Niterói: Alternativa.

FLORENCIO, Gilberto Ronald Lopes (2010): **Novo dicionário jurídico**. Leme/SP: Mundo Jurídico.

FRANCO, T. et al. (2010): Transgenitalização masculino / feminino: experiência do Hospital Universitário da UFRJ. **Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões**, v. 37, n. 6, p. 426-434.

JOHNSON, Allan G. (1997): **Dicionário de sociologia**: guia prático da linguagem sociológica. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

MONTEIRO, Jorge Vianna (1982): **Fundamentos da política pública**. Rio de Janeiro: IPEA/INPES.

MOREIRA, Thami Amarílis Straiotto (2010): O ato de nomear: da construção de categorias de gênero até a abjeção. **Cadernos do CNFL**, v. 14, n.4, t.4, p. 2914-2926.

PAIM, Jairnilson Silva (2008): **Reforma sanitária brasileira**: contribuição para a compreensão e crítica. Rio de Janeiro: Fiocruz.

SALLES, Stéfano: Referência em transexualidade, Pedro Ernesto clama por apoio ao serviço. **O Globo**, Rio de Janeiro, 8 set. 2016. Bairros. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/bairros/referencia-em-transexualidade-pedro-ernesto-clama-por-apoio-ao-servico-20065614#ixzz4KGNCc0F2>. Acesso em: 09 set 2016.

SILVA, De Placido e, 1890-1964. **Vocabulário jurídico conciso**. 3.ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 20-45, jul/dez 2006.

VASCONCELLOS, José Leite de (1928): **Antroponímia portuguesa:** tratado comparativo da origem, significação, classificação e vida do conjunto de nomes próprios, sobrenomes e apelidos, usados por nós desde a Idade Média até hoje. Lisboa: Imprensa Nacional.

VERGUEIRO, Viviane (2015): Reflexões autoetnográficas trans* sobre saúde: invisibilizações e marginalizações sistêmicas, e resistências à patologização e normatização das diversidades de gênero. In: GEISLER, Adriana Ribeiro (org.). **Protagonismo trans***: política, direito e saúde na perspectiva da integralidade. Niterói: Alternativa.

A INSUFICIÊNCIA DOS CONTROLES FORMAIS E O CONTROLE SOCIAL COMO MECANISMO DE LEGITIMAÇÃO DA ATUAÇÃO DOS PODERES PÚBLICOS

UGO GABRIEL BARBOZA GARCIA[175]

1. Introdução

O Estado se constitui a partir da necessidade da consecução de finalidades coletivas que transbordam as esferas individuais dos cidadãos isoladamente apreendidos. É em nome destes objetivos coletivos que os indivíduos abrem mão de parcela de suas liberdades individuais, de maneira que toda atuação estatal deverá ser, também, unicamente pautada nestes fins comuns, pena de faltar-lhe legitimidade.

A identificação do que são as finalidades públicas às quais o Estado deve se ater a perquirir não é tarefa fácil e tampouco pode ser feita em abstrato. Imprescindível, pois, a participação do administrado, em maior o menor medida, na tomada de decisão como meio de as

Seja por uma consciência preventiva, seja em repressão ao crescente déficit de legitimidade, indispensável se faz o controle ostensivo da atividade pública, com vistas a averiguar as situações em que, de fato, o interesse da coletividade vem sendo preterido em favor de outros, indevidamente priorizados.

Esta atividade de controle, com vistas a auxiliar na implementação de um interesse público adequado, pode ser realizada por diversos meios já institucionalizados e difundidos, mas estes não vêm se mostrando suficientes para resgatar ou mesmo conquistar a legitimidade deficitária.

2. Limites e Insuficiências dos Controles Formais

Não se nega a existência de mecanismos de controle nas mais diversas esferas de Poder, com vistas a evitar o desvio das condutas públicas. Todavia, percebe-se que não foram estes mecanismos bastantes para evitar uma apropriação do interesse

175. Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

público em nome de um Estado auto-referido. Sobrelevam, portanto, os limites e insuficiências destes controles institucionalizados no ordenamento jurídico pátrio.

De início, a própria alteração dos paradigmas que resulta da transição do Estado moderno – de Direito – ao Estado pós-moderno – Democrático de Direito – ajuda a compreender a busca por formas mais efetivas de controle.[176]

A expansão da hermenêutica constitucional aparelha a sociedade para ultrapassar os mecanismos obsoletos de controle de legalidade e eficácia – plano do "*deveria*" – e alcançar um *ultimado* controle de juridicidade e resultado que, ao transcender a barreira da legalidade tradicional, "*se estende aos valores que se compreendem no conceito da legitimidade democrática pós-positivista*".[177]

Ao analisar as consequências do reconhecimento da eficácia constitucional dos direitos fundamentais sobre o controle da ação estatal, Diogo de Figueiredo observa duas fases no desenvolver do controle: (i) "*uma longa fase inicial de instituição do controle de legalidade da manifestação da vontade na ação administrativa*[178]" e "*a fase que se inaugura com a introdução do controle do resultado da ação administrativa*"[179].

Embora o autor não tenha estabelecido um marco temporal da passagem da primeira à segunda fase no plano do ordenamento jurídico brasileiro, é razoável interpretar que a transição está ainda se iniciando, pois os mecanismos de controle contemporâneos majoritariamente se pautam, ainda, em parâmetros de legalidade tradicional, conforme dito acima.

A partir da releitura da legalidade sob a ótica da juridicidade, alcançando um parâmetro substancialmente integrado da legitimidade[180], torna-se inexorável a exigência da boa administração, ou seja, da imposição ao Estado do *dever do bom resultado*[181].

A falta a esse dever, ou seja, a atuação do Estado que deixe de atender aos interesses da coletividade e ao que é efetivamente interesse público, *deveria*, inclusive, caracterizar *improbidade administrativa do agente responsável*, nos moldes do art. 11 da Lei nº 8.429/92, mormente após a edição da EC 19/98 que consagrou o princípio da eficiência no *caput* do art. 37 o princípio da eficiência[182].

---

176. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. 3 ed. atual e ampla Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 179.

177. Idem. P. 179-180.

178. Idem. P. 182.

179. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. 3 ed. atual e ampla Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 184.

180. Idem. p . 180.

181. Ibidem. p. 193.

182. Ibidem. p. 192-193.

O controle da atividade pública, todavia, tem se mantido em grande parte alheio a essa transformação, fazendo ainda aquelas perguntas ultrapassadas quanto à mera eficácia do ato, às quais se deveria acrescentar "*quem devem quando deve e como se deve responder pela efetiva execução da vontade estatal constitucionalmente assentada*" e perquirida pelo ato veiculado.

Nesta esteira, mesmo órgãos criados com a finalidade única de controle da gestão pública carecem de meios de troná-lo efetivo ao lugar de eficazes. O Tribunal de Contas, por exemplo, embora não se pretenda que seja ele um revisor geral dos poderes, teve bastante limitada pela própria constituição o seu poder direto de comando, isto é, "*sua capacidade de criar por força própria deveres de fazer ou não fazer para terceiros, agentes públicos ou não*"[183].

As limitações e insuficiências dos meios de controle formais sedimentados no ordenamento jurídico pátrio residem, em grande parte, na exclusão do elemento participação de seu processo decisório.

A discricionariedade adequadamente exercida com o máximo de legitimidade é aquela que pressupõe a participação. Se esta não foi implementada na produção da atividade publica, caberá ao controle fazê-lo. Neste sentido, vale fazer uso das palavras do mestre Diogo de Figueiredo:

> "Finalmente, e como reforço da tese da ampla participação legitimatória do controle da administração de resultado e de sua importância no Direito Público do século que se inicia, vale lembrar que a doutrina reconhece-lhe duas outras preciosas vantagens: primo, a de ser um antídoto ao despotismo da maioria e, secundo, a de inaugurar um novo modo de tomada de decisões nas sociedades pós-modernas, notadamente naquelas ainda em vias de desenvolvimento, em que os reclamos de legitimidade são mais prementes, embora paradoxalmente menos auscultadas."[184]

3. O Controle da Sociedade sobre o Poder Público

Mais modernamente, o Estado de Direito, instituído sob a forma democrática, opera a extração da titularidade da soberania do poder da esfera institucional do Estado para assegurá-la em favor da sociedade. Esta, em um modelo onde o Estado está submetido ao crivo do Direito que, por sua vez, é determinado pela

---

183. SUNDFELD, Carlos Ari et CÂMARA, Jacintho Arruda, Op. cit.183

184. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. 3 ed. atual e ampla Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 192.

manifestação da vontade da coletividade, é a verdadeira titular do poder, da soberania. O papel do Estado é exercê-la em favor da sociedade que o estabelece.

Sob esta ótica, a correição do exercício do poder pelo Estado é indispensável a sua legitimidade e seu alinhamento com o Direito, sob a perspectiva policrática[185] de democracia, deve ser averiguado inexoravelmente em colaboração com a coletividade.

O Controle da sociedade sobre o Poder Público se apresenta, pois, como fator essencial à legitimidade de sua atuação e a compreensão desse mecanismo pressupõe algumas distinções iniciais.

De pronto, o tema do controle exercido pela sociedade é dificilmente dissociável da participação popular. Neste sentido, Carlos Ayres Britto indica que os mecanismos de participação popular são exercidos de forma prévia à atuação estatal, como expressão direta do poder político do indivíduo, ou de uma pluralidade destes, na condição de agente político formador da vontade estatal.[186]

Por outro lado, o controle seria exercido *a posteriori*, com *animus sindicandi*, pelo indivíduo enquanto administrado, como expressão de um direito público subjetivo, em defesa de direitos e liberdades seus ou da coletividade face a uma atuação estatal, visando submeter esta ao crivo do Direito e reformá-la, revogá-la ou a anular de maneira a prevalecer aquele direito ou liberdade ofendido ou ameaçado.

Embora a distinção tenha por fim uma lógica didática esclarecedora, não parece, *data venia*, ser possível traçar com tamanha precisão os limites entre os institutos de participação e controle, a um porque há certamente uma faixa comum em que tais espécies de manifestação coletiva se encontram e se confundem, pois a participação na gestão pública é uma forma de controle social exercida no âmbito da deliberação, e a dois porque, em relação ao critério temporal da distinção, o controle pode ser exercido de forma prévia, concomitante ou posterior[187].

Parece-nos, pois, que institutos como os da audiência pública, do plebiscito e da iniciativa popular, apesar de representarem evidente participação da coletividade da formação da vontade estatal, não podem ser afastados da esfera do controle prévio e concomitante de sua atuação, da mesma forma que o voto[188].

---

185. Idem. p. 86.

186. BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. Distinção entre controle social do poder e participação popular. Revista de Direito Administrativo. n. 189, 1992. 114-122

187. Em igual sentido, sustentando a participação popular como forma de controle social concomitante: MOURA, Emerson Affonso da Costa. Políticas Públicas, Controle Social e Orçamento Participativo. Revista de Direito Tributário (São Paulo), v. 114, p. 168, 2011.

188. Essa dupla eficácia do voto, enquanto delimitador das políticas a serem adotadas e elemento de controle à iminência de novo pleito, através do "voto retrospectivo", pode ser encontrada em doutrina própria, a exemplo da obra MANIN, Bernard et al., Eleições e Representação, São Paulo, Lua Nova: Revista de Cultura e Política nº 67, 2006.

Isto posto, há de se frisar a distinção entre os mecanismos formais e informais de controle social, bem entre os instrumentos de controle popular do Estado e aqueles referidos à Administração Pública, eis que a distinção implica em diferentes graus de amplitude quanto ao objeto e de vinculação quanto à "responsividade" Estatal.

Os meios formais de controle social são aqueles exercidos na própria estrutura do Estado e previstos expressamente na ordem jurídica, inclusive quanto a sua forma de exercício, provocação, e coercibilidade, a exemplo dos remédios constitucionais do Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Corpus e Habeas Data, ou ainda a Ação Popular.

Na mesma seara encontram-se os institutos da iniciativa popular, do plebiscito e do referendo, bem como do direito de petição, o direito de certidão, os conselhos públicos municipais, audiências e consultas públicas dentre outros meios de participação institucionalizados.

Por outro lado, existem aqueles meios de controle que decorrem diretamente das liberdades fundamentais no Estado de Direito, bem como da cidadania[189] de que se dota o administrado, sob o acréscimo do elemento "Democrático", em decorrência da Carta Magna de 1988, mormente em seu art. 1º, parágrafo único.

Estes últimos são os meios informais de controle, que não possuem forma expressa, nem, tampouco, restrita de exercício e buscam influenciar na atuação dos poderes públicos e fomentar o debate público na sociedade[190].

No que tange à amplitude do objeto do controle, é de suma importância para o trabalho ora empreendido, destacar que debruçamo-nos sobre os mecanismos de controle da Administração Pública, deixando aos constitucionalistas o estudo dos controles de natureza essencialmente política.

Desta forma, aqueles controles que tratam da formação da vontade política do Estado fogem ao âmbito do controle da atividade administrativa e, dentre eles, se inserem alguns instrumentos já citados, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular para a atividade legiferante.

Nesta toada, destaque-se que, por decorrerem diretamente dos valores ligados às liberdades fundamentais e à democracia, os controles informais muitas abrangem controle da atividade política estatal e da atividade administrativa de forma concomitante.

---

189. ORICOLLI, Irma Sueli. O Controle da Administração Pública pela Cidadania.

190. MOURA, Emerson Affonso da Costa. Políticas Públicas, Controle Social... Op. cit. p. 165.

Desta forma, a onda de manifestações deflagrada em todo território nacional nos últimos meses, por exemplo, se insere em um universo amplo de controle social que abrange também a crise de representatividade[191], e que reflete o exercício de um controle social político e informal da atuação do Estado e seus agentes enquanto entes políticos.

A referência aos recentes eventos de inconformismo da sociedade é válida, na medida em que diz respeito às idéias de democracia participativa e, assim, não poderia deixar de ser homenageada, mas, ao nosso ver, a vontade de empreender mudança que se extrai desse movimento de despertar deve ser aproveitada para ocupar espaços próprios de controles formais.

Isto porque, a capacidade de vinculação que aquela espécie de controle detêm é de difícil aferição, na medida em que a efetividade dela resultante varia de acordo com o poder de ingerência que a sociedade, que a emana, impende sobre o exercício do Poder pelo Estado.

Os meios formais, ao contrário, têm, em sua fórmula indicada pela norma constitucional ou legal, previstos também os mecanismos que o tornam eficazes em relação à Administração Pública, o que, *a priori*, resulta em poder de ingerência da sociedade sobre a atividade administrativa.

4. Os Instrumentos de Controle Social na Ação Pública e a Crítica que os Acompanha

Com base na ordem democrática, nas liberdades fundamentais consagradas pela Carta de 1988 e nas tentativas de reformas empreendidas com a finalidade de implementar um Estado gerencial e descentralizado[192], diversos instrumentos de controle social foram institucionalizados através de normas de direito positivo.

Em primeiro lugar, destaque-se a previsão do art. 5°, inciso LXXIII[193], da CRFB/88 que estabelece o instrumento da Ação Popular, regulamentada na Lei 4.717/65, através do qual qualquer cidadão poderá pleitear, junto ao judiciário, a anulação de ato

191. Sobre o tema: MARTINS, Fernando Barbalho. Do Direito à Democracia. Neoconstitucionalismo, princípio Democrático e a Crise no Sistema Representativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; e MANIN, Bernard et al. Op. Cit.

192. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. Revista do Serviço Público, 47(1) janeiro-abril, 1996.

193. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Sobre este mecanismo, importante destacar que, embora se insira na esfera dos instrumentos judiciais de controle da atividade pública, a ela não se restringe, na medida em que qualquer cidadão é parte legítima para manuseá-lo em defesa de interesse da sociedade, do interesse público, independente de qualquer efeito direto que venha a sofrer direito seu ou de grupo do qual faça parte, distinguindo-o dos remédios constitucionais[194].

Secundo, o §2º do art. 74[195] da Constituição, que trata dos controles internos dos Poderes integrantes do Estado, garante ao cidadão e outros representantes da sociedade civil o direito de denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Seguindo o raciocínio traçado acima, embora a atividade dos Tribunais de Contas representem controle eminentemente legislativo da atividade estatal, o que o dispositivo constitucional estabelece é uma via institucionalizada para a atuação controladora da sociedade, em relação a uma irregularidade publica averiguada, integrando controle social e controle oficial, como de fato deve ser.

Em terceiro lugar, retornando campo das garantias fundamentais elencadas no art. 5º da CRFB, encontram-se seus incisos XIII e XIV[196] que estabelecem, respectivamente, a obrigação do Estado de prestar informações à sociedade e assegura a esta os meios para obtê-las, consubstanciados no direito de petição e certidão.

Em um quarto, corroborando o valor da publicidade e o dever de informação, citamos as previsões constantes do art. 37 da Carta Política, que, após instituir como princípio expresso da administração pública direta e indireta o da publicidade, em seu *caput*, dá outras providências para assegurar a atividade controladora da sociedade nos incisos de seu §3º. [197]

194. Neste sentido a jurisprudência do STF se sedimentou: "Legitimidade dos cidadãos para a propositura de ação popular na defesa de interesses difusos (art. 5º, LXXIII, CF/1988), na qual o autor não visa à proteção de direito próprio, mas de toda a comunidade (...). O mandado de segurança não pode ser usado como sucedâneo de ação popular (Súmula STF 101)." BRASIL, STF, (MS 25.743-ED, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 4-10-2011, Primeira Turma, DJE de 20-10-2011.)

195. Art. 74. (omissis)
§ 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

196. Art. 5º. (omissis)
XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;
XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:
a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

197. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, morali-

O dispositivo acima mencionado impõe uma série de prestações inclusivas à Administração Pública - dever de garantir formas de participação do usuário na administração pública, assegurar via para reclamações relativas à prestação dos serviços públicos, bem como o acesso dos usuários aos registros e informações relativos a atos do governo -, estabelecendo quais instrumentos deverão ser assegurados e promovidos pela legislação infraconstitucional à qual abre campo de forma ampla.

Outra importante previsão, é aquela constante do art. 173, §1°, I, da CRFB/88[198] que incumbe o legislador de dispor a respeito das formas de fiscalização pela sociedade sobre as empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

Em sexto coloca-se um conjunto de previsões constitucionais que diz respeito à gestão integrada em campos específicos de atuação das políticas públicas, nomeadamente, da política agrícola (art. 187, CRFB/88[199]); da seguridade social (art. 194, *caput* e VII, CRFB/88[200]); da saúde (art. 198, III, CRFB/88[201]); da educação (arts. 205 e 206, VI, CRFB/88[202]); da comunicação social (art. 224,

---

dade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

198. Art. 173. (omissis)
§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

199. Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente (...)

200. Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.
Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:
VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

201. Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
III - participação da comunidade.

202. Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para

CRFB/88[203]); da assistência social (art. 204, II, CRFB/88); e do fundo de combate e erradicação da pobreza (arts. 79 e 82 do ADCT[204]).

As previsões acima elencadas dispõem, em linhas gerais, sobre a gestão compartilhadas destas políticas públicas, através de mecanismos que assegurem a efetiva participação da população na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

No caso dos três últimos - comunicação social, assistência social e fundo de combate e erradicação da pobreza - há, inclusive, a determinação expressa pela própria Constituição da instituição de Conselhos que viabilizem esta gestão democrática.

A disciplina da Assistência ficou a cargo da Lei nº 8.742/93, conhecida como Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS, que estabelece uma gestão descentralizada e participativa do Sistema Único de Assistência Social - Suas, cujas instâncias deliberativas, consistentes nos Conselhos Nacional, Estaduais, Distrital e Municipais, serão "*de caráter permanente e* ***composição paritária entre governo e sociedade civil***"[205](grifo não consta do original).

Ainda no que tange às previsões constitucionais, a Carta Magna determinou também no âmbito dos Municípios a gestão compartilhada das políticas públicas, através do inciso XII do art. 29[206].

Esta gestão local compartilhada, prevista pela Constituição da República Federativa do Brasil, vem sendo delineada nas Leis Orgânicas através dos Conselhos Municipais[207], a exemplo da disciplina federal.

---

o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.
Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

203. Art. 224. Para os efeitos do disposto neste capítulo, o Congresso Nacional instituirá, como seu órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, na forma da lei

204. Art. 79. (omissis).
Parágrafo único. O Fundo previsto neste artigo terá Conselho Consultivo e de Acompanhamento que conte com a participação de representantes da sociedade civil, nos termos da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000)
Art. 82. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate á Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000)

205. Vide art. 16, caput, da Lei nº 8.742/93.

206. Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:
XII - cooperação das associações representativas no planejamento municipal; (Renumerado do inciso X, pela Emenda Constitucional nº 1, de 1992)

207. São muitos os exemplos, mas podemos citar o caso do município de Niterói, onde a Lei Orgânica local, em seu art. assim dispôs:
"Art. 371. O Poder Executivo adotará, nos termos das Constituições Federal e Estadual, as medidas legais e pertinentes à manutenção e criação de Conselhos Municipais e Fundos Contábeis Municipais.
§ 1º A cooperação das associações representativas Municipais de que trata o inciso X do artigo 29 da

Por fim, no âmbito da lei máxima, é de se destacar o teor do art. 216-A[208], dispositivo incluído pela Emenda Constitucional nº 71 de 2012, que estabelece que o Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes e rege-se, dentre outros, pelos princípios da transparência e compartilhamento das informações; da descentralização articulada e pactuada da gestão, dos recursos e das ações e da democratização dos processos decisórios com participação e controle social.

Voltando o olhar à disciplina infraconstitucional, também não são poucos os mecanismos institucionalizados de controle, com o diferencial de que ganham eles aspecto mais práticos, enquanto regulamentações dos permissivos de participação estampados na Carta Política.

Assim acontece, por exemplo, com o chamado Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01), que ao estabelecer diretrizes gerais da política urbana, impôs também neste campo a gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano[209].

Carta Federal far-se-á:
I - em nível setorial, por participação igualitária nos conselhos existentes ou que vierem a ser criado, por Decreto do Executivo;
II - em nível superior, por representante comunitário de cada conselho setorial, juntamente com um representante da área técnica em cada um dos Conselhos referidos;
III - a cada grupamento de unidades administrativas com funções destacadas no sistema corresponderá um colegiado, como expresso neste artigo;
IV - constituem grupamentos todos os segmentos de ação comunitária devidamente legalizados e organizados, inclusive os de pessoas carentes, favelados, servidores municipais e pessoas portadoras de deficiência.
§ 2º A indicação dos representantes comunitários, como definidos em regulamento, far-se-á através de indicação direta da entidade que legitimamente os representem.
§ 3º As pessoas portadoras de deficiência, em cada área, terão assegurado a participação em reuniões nas quais se deliberem matérias a elas relacionadas, independente da presença ou representação das entidades filantrópicas do campo."

208. Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)
§ 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)
IX - transparência e compartilhamento das informações; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)
X - democratização dos processos decisórios com participação e controle social; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

209. Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:
II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas

No mesmo sentido, o referido diploma legal determinou expressamente que sempre que uma atuação estatal sobre política urbanística demandar dispêndio de recursos por parte do poder público, deverá ser objeto de controle social, garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil[210].

Por fim, o Estatuto da Cidade dedica um capítulo exclusivamente à gestão democrática da cidade[211], suscitando a utilização dos institutos da gestão orçamentária participativa, da audiência pública e da consulta pública e estabelece, ainda que os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania.

Além do campo do controle da gestão pública, outro campo há normatização infraconstitucional em controle social diz respeito às contratações da Administração Pública. As Concessões e Permissões de serviços públicos, bem como as Parcerias Público-Privada - PPP regidas pelas Leis de nº 8.987/95 e 11.079/04, respectivamente, devem submeter-se ao controle social por expressa disposição legal.

No que tange às concessões e permissões de serviços, os arts. 3º e 30 da referida lei estabelecem que essa imposição do controle social, informando que ele será exercido por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.[212]

---

e projetos de desenvolvimento urbano;

210. Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:
f) gestão orçamentária participativa;
§ 3º Os instrumentos previstos neste artigo que demandam dispêndio de recursos por parte do Poder Público municipal devem ser objeto de controle social, garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil.

211. CAPÍTULO IV - DA GESTÃO DEMOCRÁTICA DA CIDADE
Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:
I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;
II – debates, audiências e consultas públicas;
III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;

IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;
Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4o desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.
Art. 45. Os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania.

212. Art. 3º As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.
Art. 30. No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.
Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regu-

Nas PPP's, ao determinar que a contratação será precedida de licitação na modalidade concorrência, o art. 10 da referida lei condiciona a abertura do processo licitatório à submissão da minuta do edital e de contrato à consulta pública, ditando seus termos[213].

Por fim, em matéria de legislação infraconstitucional que fomenta o controle social, destacam-se a figura das Agências Reguladoras, enquanto criadas com a finalidade precípua de descentralização e alteração nos parâmetros de controle. Os instrumentos de controle social presentes nas Agências Reguladoras são, principalmente, as audiências públicas, consultas públicas e ouvidorias.

A Lei Geral das Comunicações (Lei nº 9.472/97) introduziu como exigência a realização de consulta pública em relação às minutas de atos normativos editados pela ANATEL[214], gerando a necessidade de realização de um procedimento administrativo normativo e a justificação da decisão que vier a adotar por meio de uma exposição formal de motivos[215].

O mesmo dispositivo legal, em seus artigos 33 e seguintes[216], criou o Conselho Consultivo, enquanto órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência, integrado por representantes indicados pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelo Poder Executivo, pelas entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, por entidades representativas dos usuários e por entidades representativas da sociedade.

Cumpre assinalar que referido Conselho exerce função opinativa, mas poderá vir a desempenhar um papel de influência no processo deliberativo e possibilitar a manifestação institucional de interesses localizados na sociedade.

---

lamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.

213. Art. 10. (omissis)
VI - submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital

214. Art. 42. As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca.
Art. 89. A licitação será disciplinada pela Agência, observados os princípios constitucionais, as disposições desta Lei e, especialmente:
II - a minuta de instrumento convocatório será submetida a consulta pública prévia;

215. LINHARES NETO, Damásio Alves. Controle social das agências reguladoras. 2010, disponível na internet em:
http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5324/controle_social_damasio_neto.pdf?sequence=1

216. Art. 33. O Conselho Consultivo é o órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência.
Art. 34. O Conselho será integrado por representantes indicados pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelo Poder Executivo, pelas entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, por entidades representativas dos usuários e por entidades representativas da sociedade, nos termos do regulamento.

Mecanismos de controle similares foram introduzidos nas agencias reguladoras atuantes nos diferentes setores gerenciais, a exemplo da exigência de convocação de audiência pública pela ANEEL no processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, dentre outros no âmbito da ANP[217], ANVS[218], etc.

Nota-se, pois que há um extenso campo normativo de controle social, onde se encontram institutos de controle prévio - consultas públicas e audiências públicas - concomitantes - conselhos especializados de interlocução com a atividade publica , principalmente com as Municipalidades, bem como através da gestão orçamentária participativa - e repressivos, ou posteriores - como a provocação das Cortes de Contas e do Judiciário, além das ouvidorias.

Tal instrumentalização, embora esteja ainda em processo de expansão e instrumentalização, seria apta a propiciar, desde já, o exercício de um controle efetivo da sociedade sobre o Estado em suas mais diversas instâncias.

Ocorre que o aparelhamento do ordenamento jurídico com meios de controle social, levado a cabo por uma tentativa de substituição do modelo de controle burocrático, focado nos meios oficiais e de processo, por um onde preponderam os controles populares e de resultado, não foi acompanhada das demais transformações sociais necessárias para conceder-lhe efetividade.

Como bem destaca Helio Saul Mileski[219], as previsões constitucionais e legais asseguram, no plano da eficácia, as condições necessárias ao desenvolvimento da transparência, da participação popular e do controle social.

Contudo, não houve de forma concomitante o fortalecimento de uma cultura de responsabilização do agente público, que consubstancie uma consciência democrática de exercício contínuo de cidadania - que não se exaure no sufrágio -, inclusive através da educação política[220] da sociedade brasileira.

---

217. Vide art. 19 da Lei nº 9.478/97 que estabelece que "As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP"

218. Vide a composição da Diretoria Colegiada da ANVS, integrada de Conselho consultivo, na forma do art. 9º da Lei 9.782/99, in verbis:
Art. 9º A Agência será dirigida por uma Diretoria Colegiada, devendo contar, também, com um Procurador, um Corregedor e um Ouvidor, além de unidades especializadas incumbidas de diferentes funções.
Parágrafo único. A Agência contará, ainda, com um Conselho Consultivo, que deverá ter, no mínimo, representantes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, dos produtores, dos comerciantes, da comunidade científica e dos usuários, na forma do regulamento. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001)

219. MILESKI, Helio Saul. Controle Social: Um Aliado do Controle Oficial. Interesse Público n. 36 mai/abr 2006.

220. A respeito da educação política, Francisco Carlos da Cruz Silva chega a sugerir a inclusão da disciplina no programa do que se tinha então por 1º e 2º grau. SILVA, Francisco Carlos da Cruz. Controle

Bem ilustra este descompasso entre a presença do controle social no âmbito normativo, da eficácia, e no âmbito dos fatos, da efetividade, o dispositivo constitucional do art. 216-A, incluído pela EC nº 71/12, citado acima.

Uma reforma adequada do modelo burocrático centralizado para um gerencial descentralizado de gestão pública, com a expansão do controle social nesta descentralização, segundo Pimenta[221], deve observar a implementação a longo prazo de oito princípios de forma concomitante e equilibrada, quais sejam: desburocratização, descentralização, transparência, *accountability*, ética, profissionalismo, competitividade e enfoque no cidadão.

No caso brasileiro, ao lugar de se priorizar os pontos mais carentes em relação a estes princípios, acabou-se por privilegiar os institutos relacionados à desburocratização e flexibilização do aparelho administrativo, com vistas a redução do custo que se configurava como demanda socio-política à época.[222]

A grande questão é que estas medidas, pensadas em curto prazo e desacompanhadas de medidas de conscientização da sociedade para esse direito de participação através da atribuição de responsabilidade ao gestor público, resulta, no longo prazo, em uma sociedade despreparada e incapaz de comprometer-se ao exercício do controle social, esvaziando-o.

Esse esvaziamento, aliás, decorre do ideal presente nas empreitadas flexibilizadoras e desburocratizantes do Estado, de que a implementação do controle social, principalmente sob uma ótica de controle de resultado, possibilitaria a dispensa de mecanismos de controle oficiais, tradicionalmente ligados ao processo.

Ao contrário, entendemos que o controle social é aliado do controle oficial[223], na medida em que o complementa e dele depende para produzir efeitos concretos, levando as irregularidade averiguadas, quando de seu exercício fiscalizador, à correção pelas próprias instituições Públicas, ou reclamá-la junto aos órgãos de controle interno e externo.

Portanto, como nota final, impende salientar que os mecanismos de controle social, ainda que passíveis de aprimoramento, evolução e expansão, existem

---

social: reformando a Administração para a sociedade. Perspectivas para o controle social e a transparência da Administração Pública. Brasília: Tribunal de Contas da União/Instituto Serzedello Corrêa, 2002.

221. PIMENTA, Carlos César. Descentralização com integração: A gestão de políticas públicas em um contexto descentralizado - O Caso Brasileiro, Texto preparado para o III Congresso Internacional do CLAD - Conselho Latino-Americano para o Desenvolvimento - sobre a Reforma do Estado e da Administração Pública, Madrid, 14-17 de outubro, 1998 apud SILVA, Francisco Carlos da Cruz. Controle social: reformando a Administração para a sociedade. Perspectivas para o controle social e a transparência da Administração Pública. Brasília: Tribunal de Contas da União/Instituto Serzedello Corrêa, 2002.

222. SILVA, Fracisco Carlos da Cruz. Op. cit. p 58

223. MILESKI, Helio Saul. Controle Social: Um Aliado do Controle Oficial. Interesse Público n. 36 mai/abr 2006.

no ordenamento jurídico pátrio e devem operar em cooperação com os mecanismos de controle oficiais.

Todavia, sua passagem do plano da eficácia ao da efetividade, de maneira em que passe a resultar em efetivo poder de ingerência da coletividade sobre a atividade publica, pressupõe um processo cultural de conscientização e de educação política da sociedade brasileira, que passa necessariamente pelo enraizamento da noção de *accountability* em face do gestor público.

Esse processo alteração cultural da sociedade demanda o auxílio e fomento por parte do Estado que, caso se preocupe em suprir o déficit de legitimidade de sua atividade, é das maiores interessadas em perquiri-lo.

5. Conclusão

O Controle Social tem como característica essencial a participação do cidadão nos processo decisório, com o efetivo poder de determinar a produção final da atuação publica, e, nestas condições, aparece como um caminho possível na empreitada por legitimidade.

Todavia, para obter o grau de efetividade esperado deste mecanismo de controle, ele deve ser exercido por vias institucionalizadas e de forma integrada aos controles oficiais, mas, principalmente, depende de uma alteração cultural da sociedade brasileira, a ser fomentada por um Estado em busca de legitimidade, como o é a brasileira.

Concluímos, pois, que de forma a assegurar a legitimidade deficitária no âmbito da atividade publica , é essencial garantir maior poder de ingerência à sociedade brasileira através do exercício do controle social, a ser exercido de forma integrada aos meios oficiais de controle e de forma concomitante a um processo de conscientização da sociedade brasileira em relação ao exercício da cidadania.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático* in Revista de Direito do Estado. Ano 1. n. 3. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. *Distinção entre controle social do poder e participação popular*. Revista de Direito Administrativo. n. 189, 1992. 114-122.

BORGES, Alice Gonzalez. *A Implantação da Administração Pública Gerencial na Emenda Constitucional na Emenda Constitucional 19/98* in: Revista Trimestral de Direito Público n. 24.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo 27. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1997

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle social das instituições democráticas*. Interesse Público. n. 73, v. 14, 2012. p. 61-76.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito Administrativo de Espetáculo*. Fórum Administrativo Direito Público. Belo Horizonte, ano 9, n 100 jun. 2009.

LINHARES NETO, Damásio Alves. *Controle social das agências reguladoras*, 2010. Acessado em http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/ handle/bdcamara/5324/controle_social_damasio_neto.pdf?sequence=1

MARTINS, Fernando Barbalho. *Do Direito à Democracia. Neoconstitucionalismo, princípio Democrático e a Crise no Sistema Representativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros. 2013.

MILESKI, Helio Saul. *Controle Social: Um Aliado do Controle Oficial*. Interesse Público n. 36 mai/abr 2006.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3 ed. atual e ampla Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Da Administração Pública Burocrática à Gerencial*. Revista do Serviço Público, 47(1) janeiro-abril, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas. 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro, lei 11.448, de 15.01.2007* por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 39 ed. São Paulo: Malheiros. 2013.

SILVA, Francisco Carlos da Cruz. *Controle social: reformando a Administração para a sociedade. Perspectivas para o controle social e a transparência da Administração Pública*. Brasília: Tribunal de Contas da União/Instituto Serzedello Corrêa, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari *et* CÂMARA, Jacintho Arruda, *Competências de Controle dos Tribunais de Contas - Possibilidades e Limites* in: SUNDFELD, Carlos Ari (Organizador), Contratações Públicas e Seu Controle, São Paulo: Malheiros, 2013.

TÁCITO, Caio. *Direito administrativa participativo*. Revista de direito admnistrativo, Rio de Janeiro, n. 209, jul., 1997, p. 1-6.

WOLKER, Antônio Carlos. *Uma nova conceituação crítica de legitimidade, Cadernos de direito constitucional e ciência política*, São Paulo, n. 5, v. 2, 1993, p. 25-31.

TRABALHO E DIGNIDADE

A ÉTICA DO SERVIÇO SOCIAL NO SISTEMA CARCERÁRIO

Alexandre G. de Souza, Jailton Santos das Neves, Maria Fernanda Brown[224]

1. INTRODUÇÃO

Este artigo irá abordar a ética do serviço social no sistema carcerário, identificando a necessidade de compromisso ético político frente à violação dos direitos humanos e sua problemática dentro do sistema carcerário. Em acordo com Torres (2001) e Guindani (2001), a LEP (Lei de Execuções Penais) representa um avanço em termos de legislação legitima, o tratamento penal, os direitos humanos e sociais dos apenados. Contudo, a situação atual, do sistema carcerário no Brasil é de persistência das condições desumanas, nada ética, a que são submetidos os indivíduos privados de liberdade. Além da violação de direitos humanos, enfatiza Guindani (2001) e Chies (2008), sobre a ineficácia da lógica de ressocialização a que são submetidos, levando em conta a inexistência de políticas públicas para melhor atender os reclusos, pioram ainda mais a situação destes. O apenado não perde apenas o seu direito a liberdade, mas outros direitos fundamentais, sofrendo os mais variados tipos de castigo, que degradam sua personalidade e dignidade, num processo que não oferece quaisquer condições de preparar o seu retorno à sociedade (CHIES, 2008).

As condições de higiene dos presídios, o espaço físico, a alimentação, bem como a saúde são precárias. Enquanto o Estado e a própria sociedade continuarem negligenciando a situação do preso, tratando as prisões como um depósito de lixo humano e de seres que não servem para o convívio em sociedade, não apenas a situação carcerária, mas o problema da segurança pública e da criminalidade como um todo, tende a agravar-se (TORRES, 2001).

Segundo Torres (2001), o Código de Ética dos assistentes sociais, de 1993, é produto histórico importante da profissão no Brasil. Expressa um salto ético e po-

224. Diretoria de Pós-graduação e Extensão - Universidade Santa Úrsula. USU- Rio de Janeiro –RJ – Brasil. Emails: alexsouza526@gmail.com, jaineves@gmail.com, mfernandabrown@yahoo.com.br

lítico, fruto de uma construção coletiva, sendo uma ferramenta de orientação para o profissional basear suas ações, no atendimento as demandas sociais colocadas à profissão. Contudo, banir e excluir aqueles que não se ajustam ao sistema é tarefa mais fácil e mais aceita pela parcela dominante da sociedade. Os assistentes sociais, vinculados ao projeto ético – político da profissão tem o compromisso de participar da luta social e política, na garantia e defesa da realização dos direitos humanos como um processo a ser construído e alcançado no sistema carcerário.

2. CONCEITOS

Para um melhor entendimento, alguns conceitos considerados importantes nesse seguimento serão apresentados, eles serão importantes para que o leitor consiga entender melhor o problema que será apresentado.

2.1. ÉTICA E MORAL

A ética tem a função de explicar, esclarecer determinado fato (a moral), diante de determinado contexto histórico. As origens das palavras "ética" e "moral", de acordo com Silveira (1999), podem assim ser definidas: ética vem do grego ethos (modo de ser, caráter) e moral vem do latim mos, moris (costume, maneira de se comportar).

Sánchez Vázquez (2011, p. 23) define a ética como "[...] a teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade." Por sua vez a moral, o autor considera

> [...] um sistema de normas, princípios e valores, segundo o qual são regulamentadas as relações mútuas entre os indivíduos ou entre estes e a comunidade, de tal maneira que estas normas, dotadas de um caráter histórico e social, sejam acatadas livre e conscientemente, por uma convicção íntima, e não de uma maneira mecânica, externa ou impessoal. (SÁNCHEZ VÁZQUEZ, 2011, p. 84).

Seguindo essa linha de pensamento, Silveira (1999, p. 91), diz que "A ética é teoria, investigação ou explicação de um tipo de experiência humana, ou uma forma de comportamento dos homens, o da moral, considerada, porém na sua totalidade, diversidade e variedade". A concepção do autor permite ir além das percepções imediatas sobre a ética e a moral, a partir do momento que esta relação está na totalidade do ser humano.

Afirma Netto (2001) que a moral é distinta da ética porquanto a primeira é um sistema mutável historicamente determinado, constituído por costumes e impera-

tivos que vincula os indivíduos entre si, já a segunda, a ética, constitui a análise dos fundamentos da moral, o que pressupõe a reflexão. Por conseguinte, a Ética e a Moral são indissociáveis, pois se a Moral é o conjunto de regras que expressam o que se deve ou não fazer e como o fazer, a Ética, por seu lado, tem como objetivo guiar a ação, expressa as regras (regras morais), que efetivamente são importantes num determinado contexto e por isso devem de ser aplicadas (Dias, 2004).

2.2. ÉTICA PROFISSIONAL

No que se refere á ética profissional Siqueira (1999, p.72) enfatiza que a postura ética do profissional da Assistência Social, definida pelo Conselho Federal de Serviço Social, por si só já pode ser entendida como uma defesa eficaz de uma assistência social que possa garantir também ao preso um tratamento mais humano e digno no sistema carcerário.

2.3. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA ÉTICA PROFISSIONAL

Dentre os princípios fundamentais obedecidos pelo/a Assistente Social destacamos:

= > Reconhecimento da liberdade como valor ético central e das demandas políticas a ela inerentes - autonomia, emancipação e plena expansão dos indivíduos sociais;

= > Defesa intransigente dos direitos humanos e recusa do arbítrio e do autoritarismo;

= > Ampliação e consolidação da cidadania, considerada tarefa primordial de toda sociedade, com vistas à garantia dos direitos civis sociais e políticos das classes trabalhadoras;

= > Defesa do aprofundamento da democracia, enquanto socialização da participação política e da riqueza socialmente produzida;

= > Posicionamento em favor da equidade e justiça social, que assegure universalidade de acesso aos bens e serviços relativos aos programas e políticas sociais, bem como sua gestão democrática;

= > Empenho na eliminação de todas as formas de preconceito, incentivando o respeito à diversidade, à participação de grupos socialmente discriminados e à discussão das diferenças;

= > Garantia do pluralismo, através do respeito às correntes profissionais democráticas existentes e suas expressões teóricas, e compromisso com o constante aprimoramento intelectual;

= > Opção por um projeto profissional vinculado ao processo de construção de uma nova ordem societária, sem dominação, exploração de classe, etnia e gênero;

= > Articulação com os movimentos de outras categorias profissionais que partilhem dos princípios deste Código e com a luta geral dos/as trabalhadores/as;

= > Compromisso com a qualidade dos serviços prestados à população e com o aprimoramento intelectual, na perspectiva da competência profissional;

= > Exercício do Serviço Social sem ser discriminado/a, nem discriminar, por questões de inserção de classe social, gênero, etnia, religião, nacionalidade, orientação sexual, identidade de gênero, idade e condição física.

2.4. SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

O atual sistema carcerário brasileiro é um sistema falido que beira o caos, as cadeias estão superlotadas, além disso, as condições desumanas em que eles vivem, dividindo uma cela com dezenas de homens, aliados ao sedentarismo, uso de drogas e a falta de higiene, os detentos ficam expostos a diversos tipos de doenças como: doenças no sistema respiratório, tuberculose, pneumonia, doenças veneras e AIDS, essas últimas principalmente por conta do homossexualismo e da violência sexual praticadas por outros presos, com isso o lugar onde deveria fazer o detendo cumprir sua pena e voltar a se integrar a sociedade acaba se tornando uma universidade do crime.

Os presos são tratados como verdadeiro lixo humano, que não servem mais para a sociedade, quando deveria ser o contrário, a ideia inicial dos presídios conforme lei de Execução Penal nº. 7.210/84 Art.1 é *"A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado"*, mas nenhuma condição para que isso aconteça é oferecida. Manter uma pessoa presa sem nenhum tratamento que vise à reeducação e ressocialização de nada vai adiantar.

Segundo dados do Ministério da Justiça de 23 de junho de 2015 o Brasil tem a 4ª (quarta) maior população carcerária do mundo com 607.700 presos, atrás apenas de Rússia (673.800), China (1,6 milhão) e Estados Unidos (2,2 milhões) conforme figura 1. Comparando o número de presos com o total da população, o Brasil se mantém em quarto lugar, dessa vez atrás de Tailândia, Rússia e Estados

Unidos que está em primeiro lugar. Se o índice continuar aumentando, em 2075 teremos um preso para cada 10 segundo Ministério. O Infopen (levantamento nacional de informações penitenciárias) divulgou que entre 2004 e 2014 a população carcerária brasileira aumentou 80% saindo de 336.400 para 607.700.

Os estados brasileiros com maior número de presos são: São Paulo com 219.053, Minas Gerais com 61.286 e Rio de Janeiro com 31.510 em se tratando de números absolutos.

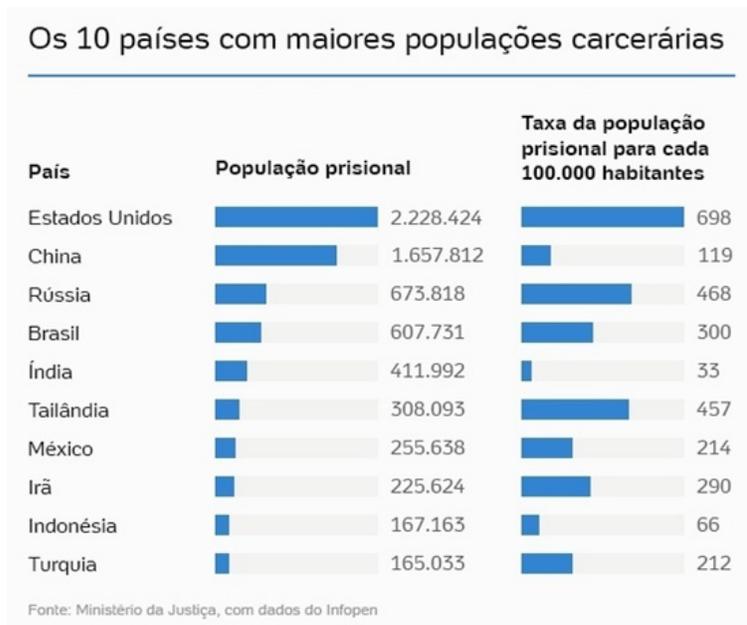



Figura 1. Os 10 países com maior população carcerária

Em pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça, Execução Penal, Estatística InfoPen de dezembro de 2010, concluiu-se que 67% da população carcerária não tem nenhum diploma. Infopen também levantou as faixas etárias dos presos e foi constatada que 57% deles são menos de 30 anos de idade, ou seja, população em idade ativa que ainda tem a oportunidade de recomeçar, se o governo investir em educação moral e profissionalização, eles podem ter uma chance de reintegração na sociedade e uma expectativa de vida diferente, pois aliados ao trabalho penitenciário seria um dos melhores métodos de combate a reincidência, como essa não é a realidade não resta nenhuma opção a não ser voltar para o mundo do crime aprimorados devido a troca de experiências.

Segundo Francesco Carnelutti "basta tratar o delinquente como um ser humano, e não como uma besta, para se descobrir nele a chama incerta do pavio fumegante que a pena, em vez de extinguir, deve reavivar."

3. O DILEMA DO ASSISTENTE SOCIAL

Com o intuito de amenizar o sofrimento dos familiares e garantir os direitos assistidos aos presos, a figura do assistente social é fundamental, mas esses profissionais são seres humanos e podem se envolver em situações conflitantes na prática da profissão, a seguir serão apresentadas as resoluções das leis que regem suas atribuições e o lema que gira em torno da prática da mesma.

3.1. A ASSISTÊNCIA NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Como já mencionado, com a promulgação da lei de execução penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984) buscou-se garantir a execução penal no Brasil, pois tem por objetivo "efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e propiciar condições para a harmônica integração social do condenado e do interno." (art. 1º).

Segundo TORRES (2001), "encontramos nas determinações legais e interpretações jurídicas para o Serviço Social no sistema penitenciário brasileiro (a partir da Lei de Execuções Penais em vigor, em seus artigos sobre a "Assistência Social", e que cabe a estes profissionais o papel de confrontar-se com a realidade das prisões brasileiras, de maneira crítica e ética, através da prática teórica e política, para que as respostas elaboradas superem o sistema punitivo e possam reintegrar os indivíduos que cometeram delitos à sociedade.

Neste sentido, Guindani (2001) descreve que a LEP (Lei de Execuções Penais) representa um avanço em termos de legislação legítima, o tratamento penal, os direitos humanos e sociais dos apenados.

Segundo o artigo 10 da LEP, "a assistência ao preso e ao internado como dever do Estado objetiva prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade, estendendo-se esta ao egresso". Dentre as atenções básicas que devem ser prestadas aos presos previstas na LEP, estão: a assistência material, jurídica, social, psicológica, à saúde, à educação, ao trabalho e a religião.

Na visão de Mirabete (2004) a "assistência" é concebida como dever do Estado na prevenção do delito e na recuperação da conduta delituosa, mas também meio de garantir às pessoas em privação de liberdade o direito aos serviços sociais que possibilitem sua inclusão social.

Sendo que o art. 22 da LEP especifica a finalidade da assistência social que é amparar o preso e o internato preparando-lhes para o retorno à liberdade. E as incumbências do assistente social no sistema prisional estão no que se refere ao processo de reinserção social do condenado, em que este profissional deverá buscar a reintegração do preso perante a sociedade, a partir do disposto no art. 23 da LEP.

> Art. 23. "Incumbe ao Serviço de Assistência Social:
> I – conhecer os resultados dos diagnósticos e exames;
> II – relatar, por escrito, ao diretor do estabelecimento, os problemas e as dificuldades enfrentadas pelo assistido;
> III – Acompanhar o resultado das permissões de saídas e das saídas temporárias;
> IV – Promover, no estabelecimento, pelos meios disponíveis, a recreação;
> V – Promover a orientação do assistido, na fase final do cumprimento da pena, de modo a facilitar o seu retorno à liberdade;
> VI – Providenciar a obtenção de documentos, dos benefícios da previdência social e do seguro por acidente de trabalho;
> VII – Orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima."

Segundo Mirabete (2000), compete ao assistente social no processo de reinserção social do condenado acompanhá-lo durante o período de recolhimento, investigando sua vida para a elaboração dos relatórios sobre os problemas do preso, e também fazer a orientação do condenado na fase final do cumprimento da pena, para fortificar os vínculos familiares e auxiliar na resolução dos problemas que dificultam a reafirmação egresso em sua própria identidade.

Porém, o grande entrave que os assistentes sociais encontram no sistema prisional brasileiro é a falta de recursos para solucionar todos os problemas e carências dos detentos,visto que enfrentam um sistema que não cumpre com as leis dificultando com isso o processo de ressocialização do condenado. Obrigação esta não cumprida pelo poder público (Estado), mas apesar das dificuldades os profissionais do serviço social conseguem desenvolver seu trabalho com responsabilidade ética e política, onde procuram contribuir para que os detentos e seus familiares tenham seus direitos assegurados quantos indivíduos que cometeram um crime e estão pagando par terem sua liberdade de volta.

Siqueira (1999, p.74) diz que o presídio torna-se um espaço privilegiado para os assistentes sociais travarem uma luta pelo respeito aos direitos humanos, por condições carcerárias que o assegurem ao preso a dignidade.

Diante desta realidade, cabe aos assistentes sociais, ocupar campo profissional, com responsabilidade ética e política, colaborando com as transformações necessárias, inserindo, como salienta Iamamoto (1992), "o novo no fazer profissional", que para tanto, necessita negar a base tradicional e conservadora, afirmando um novo perfil técnico, não mais um agente subalterno ou apenas executivo, mas um profissional competente técnico, teórica e politicamente.

3.2. A ASSISTÊNCIA SOCIAL NA PRÁTICA

A participação dos assistentes sociais nas equipes de trabalho é imprescindível de modo a concretizar os direitos dos apenados, mais na maioria das vezes não é isso que ocorre na prática, já que o profissional de Serviço Social acaba sendo inserido dentro de um contexto meramente burocrático no âmbito do sistema penitenciário, onde presencia simultaneamente a restrição da sua intervenção e diversas situações de violações dos direitos dos apenados. Uma dificuldade que precisa ser modificada já que o compromisso dos assistentes sociais no sistema carcerário é garantir os direitos humanos dos internos por meio de uma prática voltada para emancipação humana, e que superem este sistema apenas como controle social e punitivo.

Diariamente os apenados relatam para a equipe do Serviço Social situações explícitas de violação aos seus direitos de cidadania, seguem alguns exemplos:

a) descrevem as más condições das celas – escuras, pequenas, sem colchão, sem cama;

b) questionam-se do desrespeito a seus familiares – tratamento desumano, criminalização da família, visitantes impedidos de visitar os apenados sem nenhum critério legal;

c) denunciam a precariedade dos atendimentos médicos– poucos profissionais, escassez de instrumentos de trabalho;

d) reivindicam o atendimento jurídico que muitas vezes só ocorre uma vez por semana (PIMENTEL, 2008).

Assim, Torres (2001, p.89) acrescenta que "a defesa dos direitos humanos no campo profissional remete à questão ética, pois esta é parte integrante do sujeito social, sendo também componente de sua atividade profissional". Vale sublinhar,

tomando como parâmetro o Código de Ética Profissional que em seu artigo 13º (b) prevê como dever do assistente social:

> Denunciar, no exercício da Profissão, às entidades de organização da categoria, às autoridades e aos órgãos competentes, casos de violação da Lei e dos Direitos Humanos, quanto a: corrupção, maus tratos, torturas, ausência de condições mínimas de sobrevivência, discriminação, preconceito, abuso de autoridade individual e institucional, qualquer forma de agressão ou falta de respeito à integridade física, social e mental do cidadão (CRESS, 2005-2008, p.23).

É neste cenário, que o assistente social, busca responder às demandas dos usuários, assim como garantir os direitos humanos e sociais, mesmo a aqueles que transgrediram a lei. Para isto, este profissional utiliza vários instrumentos, tais como: entrevistas, levantamentos de recursos, visitas domiciliares, encaminhamentos entre outros, considerando que esses instrumentos são úteis para o conhecimento da realidade social, da demanda social, e para um atendimento e intervenção eficaz, tendo em vista que o trabalho do assistente social está voltado para a intervenção nas diferentes manifestações da questão social com vistas a contribuir com a redução das desigualdades e injustiça sociais.

Diante desta realidade, observa-se que o assistente social é um profissional comprometido com uma direção social especifica de seu Projeto Ético Político que está vinculado a um projeto de transformação da sociedade, buscando responder as demandas da questão social. Para isto é necessário que, o profissional elabore proposta de políticas sociais para atuar nesta garantia de direitos, levando para os órgãos de direitos humanos, pois sua ação está vinculada à execução e à aplicação da lei, visto que no sistema prisional essa necessidade se encontra ainda mais visível, devido às limitações da população usuária em acessar de maneira autônoma seus direitos enquanto cidadão.

4. CONCLUSÃO

Pelo exposto concluirmos que, o trabalho do assistente social é de suma importância no sistema carcerário, pois é através dele que os direitos dos detentos são reconhecidos, assim como diagnosticar as necessidades do preso, auxiliando-o a desenvolver a sua responsabilidade perante a sociedade; elaborar laudos dos

exames de personalidade e criminológico do condenado e do ambiente familiar ligando-o à sua família;acompanhar os resultados do comportamento dos presos, analisando como os mesmos respondem ao trabalho de assistência na finalidade de sua reinserção social;realizar trabalhos para instruí-lo como na conquista de um emprego, na regularização de documentos e na sua socialização.

Atualmente, o número de assistentes sociais é muito baixo, além disso, como exercem funções meramente burocráticas, o que restringe a sua área de atuação, esses profissionais vêem suas funções e serviços na maioria das vezes sendo prestados por voluntários, jovens religiosos, membros de igrejas e etc. Devido às péssimas condições dos presídios relatadas nesse artigo, violações aos direitos dos presos são vistas com muita frequência, garanti o direito deles nessas circunstâncias torna-se uma missão muito difícil, com isso o assistente social acaba exercendo práticas que causam muitas vezes conflitos éticos políticos. Diante desta realidade, infelizmente as atividades dos assistentes sociais nos sistemas prisionais têm sido resumidas a elaboração de laudos e ao atendimento das demandas da instituição.

BIBLIOGRAFIA

CARNELUTTI, Francesco. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA FRENTE AO SISTEMA PRISIONAL. Disponível em: <http://www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em: 12 nov. 2015.

CHIES, L. A. B.; **Administradores de presídios:** *na corda bamba dos paradoxos institucionais*; Revista brasileira de ciências criminais; v. 16 n.72; 296-326; 2008.

Código de Ética do/a Assistente Social / 10ª Edição da revista e atualizada – 2003.

CONSELHO REGIONAL DE SERVIÇO SOCIAL- CFESS - 16ª Região. Lei nº. 8.662, de 07 de junho de 1993. Lei da Regulamentação da Profissão. Coletânea de Leis. 2ªEd. Maceió, 2005-2008.

EXECUÇÃO PENAL. REINTEGRAÇÃO SOCIAL: Ministério da Justiça do Brasil.

GUINDANI, M. K. A.; **Tratamento penal:** *A dialética do instituído e do instituinte*; Revista Serviço social e sociedade; Ano XXII n 67 ano; 38-52; 2001.

IAMAMOTO, Marilda Vilela. **O Serviço Social na Contemporaneidade**: *trabalho e formação profissional.*9 ed. São Paulo, Cortez, 2005.

PIMENTEL, Luana dos Santos. **Do Serviço Social no Contexto Prisional: sobre a afirmação da condição de cidadãos dos apenados.** Monografia (Conclusão de Curso). Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: < http://www.ess.ufrj.br/monografias/104048857.pdf > . Acesso em: 12 nov. 2015.

SOUSA, Rafaela de Oliveira. **A falência do sistema penitenciário brasileiro.** Artigo publicado no site do Ministério da Justiça, 2014.

TORRES, A. A.**; Direitos humanos e sistema penitenciário brasileiro:** *desafio ético e político do serviço social.*; Revista Serviço social e sociedade.; Ano XXII n 67 ano ; 76-92; 2001.

A (IN)DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS: O MULTICULTURALISMO LABORAL NA TRÍPLICE FRONTEIRA AMAZÔNICA TRABALHADORES ESTRANGEIROS EM TABATINGA

Antônio Célio Maia Costa[225] e Vitória Regina Maia castelo Branco[226]

Introdução

O mundo globalizado tem gerado mudanças no mercado com novos modelos de produção, modificação das fronteiras geográficas, surgimento de novas relações de trabalho, de comunicação. As múltiplas dimensões da globalização, entre elas a cultural (CANCLINI, 2007) manifesta-se nos movimentos migratórios de trabalhadores em busca de meios para viabilizar melhores condições de vida para si e para seus entes queridos que ficaram no país de origem. Nessa busca levam consigo saberes culturais que direcionam o modo de realizar determinados trabalhos, de elaborar estratégias para solucionar problemas, conhecimentos sobre matéria prima e diversas técnicas.

A dinâmica econômico-financeira dos países da América do Sul, em particular daqueles que compõem a tríplice fronteira amazônica entre Brasil, Colômbia e Peru, ultimamente deixam transparecer aspectos de suas particulares e internas crises que se refletem em movimentos migratórios de trabalhadores em busca de oportunidades de trabalho e emprego que lhes garantam o sustento de suas famílias. Nesse contexto, despidos de quaisquer direitos trabalhistas e previdenciários, muitos imigrantes submetem-se a péssimas condições de saúde, higiene e segurança no trabalho como ocorre com muitos trabalhadores peruanos na cidade de Tabatinga, na fronteira do Brasil com a Colômbia e o Peru.

225. Graduando em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Email: antonio.maia3000@gmail.com

226. Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Email: vitoriamaia31@gmail.com

Os pontos de convergência da tríplice fronteira formada pelo Brasil, Colômbia e Peru se materializam nas cidades de Tabatinga, Letícia e na Ilha de Santa Rosa, respectivamente. Entre Tabatinga e Letícia há uma fronteira seca, ou seja, apenas uma linha imaginária separando as duas cidades. A fronteira entre Tabatinga e Santa Rosa é demarcada por um rio que recebe três nomes diferentes dependendo do país de onde se esteja observando-o: rio Solimões no Brasil/Tabatinga, rio Amazonas na Colômbia/Letícia e rio Marañon no Peru/Ilha de santa Rosa.

Neste *paper*, tem-se o objetivo apresentar e discutir exemplos de descasos à legislação trabalhista e desrespeito à dignidade humana de imigrantes peruanos que se sujeitam, na cidade de Tabatinga-AM, a subempregos configurando uma massa de mão de obra barata para a realização de trabalhos com alto grau de insalubridade e riscos à saúde de modo geral.

Para a efeito de pesquisa para elaboração deste artigo adotou-se o método qualitativo, sobretudo, mediante o levantamento de dados oficiais e observação do cotidiano de trabalhadores peruanos que desenvolvem atividades de vidraçaria, lanternagem, funilaria, borracharia, mecânica de automóveis e diversos trabalhos braçais. Outrossim, a título metodológico, foi empregada pesquisa na doutrina especializada para efeito de análise e discussão quanto aos fenômenos da mobilidade humana na fronteira.

Contextualização do problema

No Brasil, as exigências legais para a contratação de trabalhadores estrangeiros são estabelecidas pela Lei nº 6.815/80, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, que definiu a situação jurídica do trabalhador estrangeiro no Brasil e criou o Conselho Nacional da Imigração (CNIg), um órgão do Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS) responsável pela política de imigração e coordenação das respectivas atividades. Estes institutos jurídicos estão intrinsicamente concatenados com as normas internacionais do trabalho, emanadas por meio de convenções e recomendações, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), agência das Nações Unidas (ONU), criada em 1919, cuja missão é promover o acesso ao trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade. Estas convenções e recomendações, uma vez ratificadas por decisão soberana de um país, passam a fazer parte de seu ordenamento jurídico[227].

227. Informação obtida no site da Organização Mundial do Trabalho/Brasil. http://www.oitbrasil.org.br/content/história Consultado em 03 de setembro de 2016.

Em se tratando de trabalhadores estrangeiros legalmente reconhecidos, segundo dados obtidos no Relatório Anual (2014-2015) do Observatório das Migrações Internacionais OBMigra (2016) do Ministério do Trabalho, o Peru ocupa a segunda colocação quanto ao número de autorizações de trabalho concedidas, aos países participantes do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), com 413 autorizações em 2014 e 216 autorizações em 2015.

Segundo estatísticas da Polícia Federal (PF)[228], o Brasil abriga atualmente cerca de 940 mil imigrantes permanentes. Considerando a população de imigrantes global de cerca de 250 milhões de pessoas[229], este número, representa menos de 0,4% da população migrante do planeta, no entanto ao se verticalizar a observação sobre estes dados percebe-se, em regiões fronteiriças, grande elevação deste percentual se comparado o total de imigrantes à população nativa.

Ainda de acordo com dados obtidos no site Ministério da Justiça e Cidadania/Polícia Federal, dentre os vinte países com maior incidência de entrada de estrangeiros o Peru ocupa hoje a 8ª posição no ranking de imigrantes oficialmente registrados no país, perfazendo um total de 33,26 mil pessoas.

Ao se comparar os dados estatísticos obtidos no relatório do OBMigra (2016) com os da PF é notório a disparidade de imigrantes que adentram ao território nacional com visto de trabalho e àqueles que se aventuram em busca de novas expectativas de sobrevivência e melhorias das condições de labor.

Este cenário, vivenciado na cidade de Tabatinga-AM, na tríplice fronteira Brasil, Peru e Colômbia, explicita efeitos contraditórios do capitalismo avançado e do processo de globalização expostos no livro "Vidas Desperdiçadas", onde Bauman (2005), afirma que "os refugiados, os deslocados, as pessoas em busca de asilo, os migrantes, os *sans papiers* constituem o refugo da globalização". Estes ditos "refugos" ressurgem em várias partes do mundo, inclusive em Tabatinga.

A situação de vidas desperdiçadas abordada por Bauman (2005) apresenta-se com frequência na Região Norte do Brasil por apresentar extensa área fronteiriça compartilhada com sete países da América do Sul. O maior estado dessa região, o Amazonas faz fronteira com a Venezuela, Peru e Colômbia. No Amazonas localiza-se a cidade de Tabatinga, uma pequena cidade brasileira com aproxima-

---

228. Informação obtida no site do Ministério da Justiça e Cidadania/PolíciaFederal/Registro de Estrangeiros/Por Nacionalidade. http://www.pf.gov.br/imprensa/estatística/estrangeiros. Consultado em 03 de setembro de 2016.

229. Estimativa obtida no site da Organização das Nações Unidas (ONU). http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimatesgraphs.shtml?0g0. Consultado em 03 de setembro de 2016.

damente 62 mil habitantes[230], lugar geográfico localizado no extremo noroeste do país que compõe a tríplice fronteira formada pelo Brasil, Colômbia e Peru.

Ao se mencionar a cidade de Tabatinga é comum perceber-se um pré-conceito estigmatizado, relacionando-a à violência e ao tráfico presente nessa região. Assim sendo,

> [C]omo cidade de fronteira, carrega, comumente, na visão dos que estão de fora, o estigma do lugar perigoso, lugar onde reina a contravenção, criando um ar de suspeição sobre seus moradores. Aqui, procuraremos enfocar a *fronteira percebida*, entendendo esta como um lugar que é percebido, pelo centro do país, a partir da imagem construída sobre esta condição (NOGUEIRA, 2005, p.182).

Ainda na forma como a fronteira é percebida chama-se atenção para o fato de que, comumente, é vista como um lugar propício a ilicitudes. De acordo com Nogueira (2005, p. 182):

> Talvez a imagem mais corrente que se faz da fronteira seja aquela que a mostra como lugar onde o contrabando, o tráfico de produtos ocorre com maior frequência em virtude do aproveitamento das diferenças dos regimes fiscais, legais inerentes a cada Estado-nacional. Mas não só isso. A subordinação do cidadão às leis, aos códigos de seu Estado torna-o cidadão de um Estado, cujas leis são limitadas espacialmente. Assim, a fronteira acaba sendo um lugar privilegiado de refúgio aos agentes das atividades ilícitas.

A complexidade do termo fronteira é latente e ao longo da história diversas concepções foram sendo concebidas a partir de diferentes enfoques teóricos, do momento histórico, dos interesses internacionais e das relações compartilhadas entre os países fronteiriços. Por assim ser, esclarece-se que ao longo deste texto, pautando-se nas ideias de Londoño Niño (2013, p. 13), fronteira será entendida como "uma área de intercâmbio de bens, serviços, infraestruturas, mas também de realidades e problemáticas entre dois ou mais países vizinhos".

---

230. Informação obtida no site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2016/estimativa_dou.shtm. Consultado em 05 de outubro de 2016.

Para se compreender a dinâmica de vida na fronteira requer situá-la no tempo, no espaço e ter-se um olhar sensível, porém embasado na legislação do país de onde se olha essa vida. Para Costa (2015), viver em Tabatinga implica habituar-se à vida na fronteira, a uma vida híbrida, de intercâmbios, pois as fronteiras são lugares de interseções sociais e culturais; interseções que se refletem nas relações políticas, educacionais e trabalhistas estabelecidas na fronteira.

Segundo Baba (1998), as fronteiras são entre-lugares. São *locus* híbridos que permitem deslocamentos, descentralização, desconstrução e construção de ideias e pensamentos de acordo ao contexto inerente e ao modo como os fronteiriços se identificam com esse lugar.

> Esses entre-lugares fornecem o terreno para a elaboração de estratégias de subjetivação – singular ou coletiva – que dão início a novos signos de identidade e postos inovadores de colaboração e contestação, no ato de definir a própria ideia de sociedade. (BABA, 1998, p. 20).

Na tríplice fronteira amazônica, onde se localiza Tabatinga, encontra-se uma sociedade mestiça onde "o intercâmbio de valores, significados e prioridades pode nem sempre ser colaborativo e dialógico, podendo ser profundamente antagônico, conflituoso e até incomensurável", conforme afirma Baba (1998, p. 20). Nesse contexto, encontra-se a situação de muitos trabalhadores estrangeiros que buscam ganhar a vida por meio de subempregos oferecidos na cidade de Tabatinga. Desta forma, sustentam as suas famílias e ainda travam uma luta particular para manter-se longe das garras da contravenção e das atividades ilícitas. As dificuldades desses imigrantes se iniciam com a chegada a uma cidade que não tem mercado de trabalho suficiente nem para seus próprios brasileiros, o que os obriga a organizar e transformar suas técnicas e experiências múltiplas, adquiridas no seu país de origem, em um diferencial a ser ofertado na busca de qualquer trabalho que lhes ofereça um ganho financeiro imediato.

A expressão "o trabalho dignifica o homem" é comumente usada para justificar a importância do trabalho para cada indivíduo e também para evidenciar a importância do fruto deste trabalho para toda sociedade. Em uma sociedade assumidamente capitalista, como a brasileira, o trabalho é visto como gerador de riquezas e o principal propulsor para o desenvolvimento do país.

De acordo com o pensamento marxista, o homem constrói a si mesmo ao dominar, manipular e transformar o que a natureza oferece e, ao transformar a natureza transforma a si mesmo. Para Marx, o processo de autotransformação evidencia que o homem adquiriu conhecimento das coisas pelo potencial que tem de modificar a natureza. Essa modificação é a materialização do trabalho, consoante Engels (1986, p. 11) que aduz:

> O trabalho é a fonte de toda riqueza, afirmam os economistas. Assim é, com efeito, ao lado da natureza, encarregada de fornecer os materiais que ele converte em riqueza. O trabalho, porém, é muitíssimo mais do que isso. É a condição básica e fundamental de toda a vida humana. E em tal grau que, até certo ponto, podemos afirmar que o trabalho criou o próprio homem.

No modelo de sociedade capitalista, pode-se dizer que o potencial para manipular a terra, a água, as coisas da natureza não é garantia para a obtenção de um trabalho remunerado e, por vezes, o trabalho realizado não dignifica o homem como ocorre em países, cidades, que enfrentam crises financeiras e possuem um mercado de trabalho saturado ou insuficiente para a demanda de mão de obra oferecida como ocorre em Tabatinga.

Embora em Tabatinga possa se encontrar trabalhadores colombianos, haitianos, entre outras nacionalidades, são os peruanos que obtém maior visibilidade por configurarem o maior grupo de estrangeiros morando e trabalhando nesta cidade. Os trabalhos oferecidos aos peruanos, geralmente, restringem-se ao comércio informal e a prestação de diversos serviços de natureza autônoma, que de forma singular são oferecidos a toda população tabatinguense, que se vale dessa mão-de-obra, como forma de obtenção de serviços mais baratos.

Violações ao princípio da dignidade da pessoa humana nas relações do trabalho

Na busca de sobrevivência, desde os tempos mais remotos, o homem tem se relacionado com o trabalho de diversas formas. O trabalho de homens e mulheres dá sustentação ao modelo de sociedade em que vivem e, por vezes, são o *locus* de expressão de suas habilidades e aptidões. O trabalho, geralmente, requer esforço físico ou intelectual e seu resultado torna-se elemento importante na construção da história de cada um. Para a realização do trabalho, todo ser humano deve ser provido de condições mínimas de segurança e saúde.

Quando pessoas são flagradas executando trabalhos de forma indigna, os próprios semelhantes se manifestam contra seu uso e abuso. No Brasil, em pleno século XXI, ainda se ouve e se vê notícias referentes à existência de trabalhadores desenvolvendo tarefas de modo escravo ou sem o atendimento das condições de salubridade mínima para a vida humana. Não raro, a mídia televisiva brasileira noticia a deflagração de pontos de trabalhos clandestinos onde os trabalhadores, geralmente estrangeiros, são obrigados a cumprir mais de 12 horas de trabalho diários em troca de, praticamente, comida e um lugar para morar. Os imigrantes que se sujeitam a tais condições chegam ao Brasil, quase sempre, fugindo de situações políticas, econômicas ou catástrofes climáticas que afligem seus países de origem. Nessa direção, Oliveira (2006, p. 184), afirma que:

> Dentre as várias causas da migração internacional, destacam-se os conflitos armados, a opressão política, a pobreza, a ausência de redes de segurança para as necessidades fundamentais, a degradação do ambiente, os desequilíbrios demográficos, os fatores climáticos, o processo acelerado de urbanização e a falta de participação nos processos políticos e muitos outros. Todos esses fatores constituem um conjunto de causas que dão origem a uma emigração de fuga dessas condições de vida. Também nesse contexto se originam os deslocamentos compulsórios, que eminentemente são de trabalhadores, ora expropriados de suas terras, de seus postos de trabalho e emprego, ora pressionados pela falta de oportunidades etc., que se vêem (sic) obrigados a migrar em busca de alternativas de sobrevivência. Os migrantes se tornam, nesse contexto, uma espécie de "provocação" que incomoda a "ordem preestabelecida" e se transformam em parceiros da luta por um mundo solidário, onde haja espaço para todos viverem com dignidade.

Nesse contexto, apresenta-se a realidade de trabalhadores imigrantes peruanos, que exige repensar os valores morais, éticos, legais, a que esses seres humanos estão sujeitos. É urgente olhar os trabalhos realizados por eles e as condições nas quais são desenvolvidos, pois a médio ou a longo prazo terão sua saúde comprometida e isso, direta ou indiretamente, impactará o cenário da saúde pública na tríplice fronteira, sobretudo, na cidade de Tabatinga, uma vez

que a localidade peruana mais próxima e que poderia atender tais pessoas, a ilha peruana de Santa Rosa[231] possui apenas um posto de saúde.

A tríplice fronteira Brasil, Peru e Colômbia proporciona um cenário de labor atípico, desenvolvido das mais diversas formas pelos imigrantes peruanos. São exercidas atividades sem nenhum preparo, formação, orientação, treinamento ou cuidado com a saúde e segurança no trabalho. Decorrente de observação realizada nesse cenário, pelo primeiro autor desse texto, destaca-se um episódio em particular onde um trabalhador peruano executou a reparação de um tanque de polipropileno para uma determinada Empresa Brasileira do ramo da prestação de serviços públicos, estabelecida na cidade de Tabatinga, a qual se utiliza de tanques de polipropileno (PP)[232] para armazenar seus produtos.

Em certa ocasião, um destes tanques apresentou vazamento e com certa urgência necessitava de reparos. Foi buscado em toda a cidade de Tabatinga mão-de-obra especializada e legalizada para tal fim, sem sucesso, pois, trata-se de uma pequena cidade bastante restrita em relação a oferta de mão de obra especializada a maioria das situações de reparos mecânicos, hidráulicos, elétricos, em geral.

No entanto, em uma oficina mecânica de propriedade de um imigrante do Peru, encontrou-se um trabalhador peruano que garantia saber realizar o serviço de reparação dos tanques de polipropileno. Ao explicar como realizava tal serviço observou-se que o desenvolvia de forma bastante artesanal. Seus equipamentos de trabalho resumiam-se em um fogareiro, algumas ferramentas artesanais e próprio produto (polipropileno). O trabalho consistia em derreter o material plástico e aplicá-lo no tanque para calafetar no lugar do vazamento.

O serviço foi realizado por cerca de duas horas e durante todo este tempo o trabalhador peruano ficou exposto ao calor e aos gases químicos do produto, sem nenhuma proteção e sem nenhum cuidado. Ao ver então aquela situação lhe foi questionado há quanto tempo ele realizava aquele tipo de tarefa e ele informou que desde que chegara em Tabatinga, há quase sete anos. Também foi questionado porque não usava luvas, máscaras, óculos e roupas adequadas para aquele serviço, ele respondeu que já estava acostumado e que não tinha nenhum problema.

Episódios como este são comuns e facilmente observados na cidade de Tabatinga e ferem o princípio da Dignidade Humana e deveres sociais, conforme

231. Santa Rosa é um povoado peruano com precária infraestrutura que possui 776 habitantes. Informação obtida em trabalho de campo do primeiro autor e no site http://www.integracionamazonica.pe/isla-santa-rosa-amazonas/estadisticas-generales/. Acesso em 05 de outubro de 2016.

232. O polipropileno (PP) é um tipo de plástico que pode ser moldado usando apenas aquecimento, ou seja, é um termoplástico. Possui propriedades semelhantes as do polietileno (PE), porém seu ponto de amolecimento é mais elevado, conforme afirma Strapasson (2004).

preconiza o artigo 1°, inciso III c/c o artigo 5°, caput, e ainda o artigo 7°, inciso XXII, da Carta Constitucional do Brasil[233].

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) prevê normas de segurança e saúde do trabalhador que são regulamentadas pelo Ministério do Trabalho por meio das normas regulamentadoras (NR). O não cumprimento das condições mínimas de segurança no trabalho, proteção e saúde previstas nas NR deixa o trabalhador exposto a condições periculosas e insalubres.

Dando ênfase a esta abordagem, as Disposições Gerais da NR 1 oferecem rica fundamentação quanto à observância obrigatória de instrumento de base para a ação.

> 1.1. As Normas Regulamentadoras - NR, relativas à segurança e medicina do trabalho, são de observância obrigatória pelas empresas privadas e públicas e pelos órgãos públicos da administração direta e indireta, bem como pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, que possuam empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.
>
> 1.3. A Secretaria de Segurança e Saúde no Trabalho - SSST é o órgão de âmbito nacional competente para coordenar, orientar, controlar e supervisionar as atividades relacionadas com a segurança e medicina do trabalho, inclusive a Campanha Nacional de Prevenção de Acidentes do Trabalho - CANPAT, o Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT e ainda a fiscalização do cumprimento dos preceitos legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho em todo o território nacional.
>
> 1.4. A Delegacia Regional do Trabalho - DRT, nos limites de sua jurisdição, é o órgão regional competente para executar as atividades relacionadas com a segurança e medicina do trabalho, inclusive a Campanha Nacional de Prevenção dos Acidentes do Trabalho - CANPAT, o Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT e ainda a fiscalização do cumprimento dos preceitos legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho.

---

233. Art. 1° A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III – a dignidade da pessoal humana;
Art. 5° Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
Art. 7° – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria da sua condição social:
XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

> 1.4.1. Compete, ainda, à Delegacia Regional do Trabalho - DRT ou à Delegacia do Trabalho Marítimo - DTM, nos limites de sua jurisdição:a) adotar medidas necessárias à fiel observância dos preceitos legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho;b) impor as penalidades cabíveis por descumprimento dos preceitos legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho; d) notificar as empresas, estipulando prazos, para eliminação e/ou neutralização de insalubridade;
>
> 1.6. Para fins de aplicação das Normas Regulamentadoras – NR, considera-se:a) empregador, a empresa individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços. Equiparam-se ao empregador os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitem trabalhadores como empregados;
>
> b) empregado, a pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário;
>
> h) local de trabalho, a área onde são executados os trabalhos.

Assim sendo, pode-se entender que as circunstâncias sob as quais aquele imigrante peruano desenvolveu a reparação dos tanques de polipropileno, situação descrita anteriormente, se constitui uma violação à dignidade humana laboral e dos direitos trabalhistas. As condições impróprias à execução do trabalho saltam aos olhos e não se trata de uma situação isolada na região. Uma visita rápida às ruas de outros municípios da região do Alto Solimões[234], como por exemplo, Benjamin Constant, basta para se perceber imigrantes estrangeiros realizando trabalhos em borracharias, marcenarias, no porto da cidade, em condições insalubres e/ou perigosas sem a mínima proteção prevista na NR 1. Em particular, na cidade de Tabatinga, em plena segunda década do século XXI, no ano de 2016, esses trabalhadores, muitos em situação irregular em relação à imigração, se tornam alvos fáceis à exploração de mão de obra barata e sem garantias trabalhistas.

Este cenário calamitoso, extremamente danoso a saúde e segurança, faz transparecer um meio ambiente de trabalho instável e totalmente volúvel, pois,

---

234. O Território Mesorregião Alto Solimões - AM abrange uma área de 214.217,80 Km² e é composto por 9 municípios: Amaturá, Atalaia do Norte, Benjamin Constant, Fonte Boa, Jutaí, Santo Antônio do Içá, São Paulo de Olivença, Tabatinga e Tonantins. Possui uma população de aproximadamente de 224.068 habitantes, dos quais 94.007 vivem na área rural. Seu IDH médio é 0,59. (SISTEMA DE INFORMAÇÕES TERRITORIAIS, 2015).

> a proteção de segurança do meio ambiente de trabalho significa proteção do meio ambiente e da saúde das populações externas aos estabelecimentos industriais, já que um meio ambiente interno poluído e inseguro expele poluição e insegurança. (SILVA, 2007, p. 24).

Ao meio ambiente do trabalho deve ser dirigida toda atenção, cuidado e zelo, de forma a torná-lo seguro, conforme assevera Melo (2001, p.70):

> O meio ambiente do trabalho está inserido no ambiente geral (art. 200, inciso VIII, da Constituição Federal), de modo que não há como se falar em qualidade de vida se não houver qualidade do trabalho, nem se pode atingir o meio ambiente equilibrado e sustentável, ignorando-se o aspecto do meio ambiente do trabalho"
>
> "A essencialidade da proteção ao meio ambiente de trabalho, como etapa importante para o equilíbrio do meio ambiente geral, justifica-se porque, normalmente, o homem passa a maior parte de sua vida útil no trabalho, exatamente no período da plenitude de suas determinações físicas e mentais, razão pela qual o trabalho, habitualmente determina o estilo de vida, interfere no humor do trabalhador, bem como no de sua família.

Insta salientar que muitos dos trabalhadores em situação semelhante a que se encontrava o imigrante peruano, cujo relato foi feito anteriormente no texto, são explorados por seus próprios patrícios. Pessoas com maior poder aquisitivo que chegaram primeiro na cidade, montaram seus negócios e, geralmente, são as primeiras pessoas a darem uma oportunidade de trabalho para os recém-chegados. No entanto, a oportunidade dada abstém-se de um elemento vital para o sentido das relações humanas: a dignidade laboral, base estruturante de toda experiência humana, seja ela legal ou não.

Os institutos jurídicos dão ampla fundamentação e sábia formatação quanto à proteção do indivíduo nas relações sociais e de trabalho. Sob tal aspecto, tem-se que "o ser humano não pode ser tratado como objeto". É o sujeito de toda a relação social e nunca pode ser sacrificado em homenagem à alguma necessidade circunstancial ou, mesmo, a propósito da exploração de outros seres humanos ou de uma coletividade indeterminada.

Ressalta-se, ainda, que o fim primeiro e último do poder político é o ser humano, ente supremo sobre todas as circunstâncias, pois "não há valor que possa equiparar-se ou sobrepor-se à pessoa humana, que é reconhecida como integridade, abrangendo aspectos físicos como também seus aspectos imateriais", consoante determina Marçal (1999, p.125).

Conclusão

A realidade dos trabalhadores peruanos na cidade de Tabatinga constitui um problema crítico, revelando uma realidade perversa e desumana. Combinado com a completa ausência do Estado, sobretudo, pelo Ministério Público do Trabalho e a ausência dos órgãos de fiscalização, a cidade representa um terreno fértil para o trabalho informal, desprovido das mínimas condições de saúde e segurança.

Os elementos levantados no decurso deste artigo demostram a frágil relação do direito do trabalho e o direito à dignidade da pessoa humana que por aquele deve ser gerada, uma vez que a integração da mão-de-obra dos imigrantes peruanos no mercado de trabalho na cidade de Tabatinga ocorre praticamente de maneira informal e ilegal. Este modelo de relação de trabalho a que estão submetidos, sem as mínimas condições de saúde e segurança, muitas vezes com um alto grau de periculosidade, insalubridade e até de exploração, sem jornada definida e nem perspectiva futura de melhores condições, os engloba num contexto de servidão que ignora os direitos preconizados na legislação brasileira.

As necessidades e os desafios múltiplos enfrentados no país de origem imprime nos trabalhadores imigrantes uma atitude imediatista que os leva a aceitar qualquer trabalho que lhes possa prover o sustento, mesmo que para isso assumam riscos à saúde, tornem-se indiferentes aos danos ao meio ambiente oriundos de suas atividades laborais, os façam invisíveis frente aos direitos trabalhistas e abram mão do direito à dignidade humana por uma atividade que os fixe à nova terra, mesmo que tal fixação seja frágil e ilegal.

Nesta esteira, cumpre salientar que este trabalho também tem o intuito de chamar a atenção às autoridades quanto às violações dos direitos humanos dos imigrantes estrangeiros, mais especificamente os peruanos, em situação de clandestinidade e de ilegalidade na cidade de Tabatinga, e ainda tem o fito de destacar para a urgência na adoção da busca de possíveis propostas para a solução dos problemas expostos, uma vez que a curto ou médio prazo tais problemas promoverão reflexos danosos no sistema social e de saúde pública da região de fronteira.

Desta forma, a expectativa é que a exposição da realidade retratada possa despertar no âmbito jurídico os anseios necessários, para pelo menos fomentar discussões sobre a necessidade de políticas tripartites que sejam observados por países fronteiriços a fim de desenvolver uma postura de acolhimento recíproco, que proporcione acesso ao direito trabalhista e promova o direito à dignidade da pessoa humana nas relações laborais.

Por derradeiro, cumpre destacar que a dinâmica laboral da fronteira, combinada com a ausência da intervenção estatal nas relações trabalhistas, corrobora de forma determinante para a produção de estudos doutrinários com enfoque na área do direito do trabalho voltado para as relações de laborais em uma tríplice fronteira amazônica como é o caso do Brasil com o Peru e a Colômbia. Por isso, com o fito de contribuir na discussão desta temática, buscou-se balizar esta problemática em aspectos sociais, econômicos, antropológicos e políticos encontrados em trabalhos da área de sociologia, a fim de extrair encadeamento no âmbito jurídico, o que oportuniza possibilidades de discussões mais aprofundadas e fundamentadas sobre este tema, cuja gravidade da problemática reclama.

Referências

BAUMAN, Z. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BRASIL. **Lei N. 6.815 – Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração.** Brasília, DF, 1980

BABA, H. **O local na cultura**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 1988.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Brasília, DF, 1943.

BRASIL**. Normas Regulamentadoras.** Portaria nº 6 da Secretaria de Inspeção do Trabalho de 09/03/1983/SIT. Brasília, DF, 1983.

CANCLINI, N. G. **A globalização Imaginada.** São Paulo: Iluminuras, 2007.

COSTA, L. F. M. **VIVÊNCIAS AUTOFORMATIVAS NO ENSINO DE MATEMÁTICA**: vida e formação em escolas ribeirinhas. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Pará. Belém, 2015.

ENGELS, F. **Sobre o papel do trabalho na transformação do macaco em homem.** São Paulo: Global Editora, 1986. pp. 11-37.

MARÇAL, J. F. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n° 26, 1999, p. 115-116.

LONDOÑO NIÑO, E. A. **A tríplice fronteira Brasil, Colômbia e Peru**: limites e desafios de cooperação e Integração da região fronteiriça, com ênfase nos anos 2006-2011. Dissertação de Mestrado. UNESP/UNICAMP/PUC-SP. São Paulo, 2013.

MARX, K. **O Capital**: Crítica da Economia Política. Livro Primeiro o Processo de Produção do Capital. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1996.

MELO, S. N. **Meio Ambiente do Trabalho: Direito Fundamental**, São Paulo: Editora LTR, 2001.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA/POLÍCIA FEDERAL. **Registro de Estrangeiros**. Disponível em http://www.pf.gov.br/imprensa/estatística/estrangeiros. Acesso em 14 de setembro de 2016.

NOGUEIRA, R. J. Dinâmica territorial na fronteira Brasil-Colômbia. **Somanlu,** ano 5, n. 1, jan./jun. 2005.

OBMigra. **Autorizações de trabalho concedidas a estrangeiros, Relatório Anual 2014-2015**/Observatório das Migrações Internacionais. Ministério do Trabalho/Coordenação Geral de Imigração. Brasília, DF: OBMigra, 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Promovendo o Trabalho Decente**. Disponível em http://www.oitbrasil.org.br/content/hist%C3%B3ria. Acesso em 29 de setembro de 2016.

OLIVEIRA, M. M. A mobilidade humana na tríplice fronteira: Peru, Brasil e Colômbia. **ESTUDOS AVANÇADOS,** vol. 20, n°57, may/aug. 2006.

SILVA, J. A. da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, J. A. da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SISTEMA DE INFORMAÇÕES TERRITORIAIS. **Mesorregião do Alto Solimões**. Disponível em http://sit.mda.gov.br. Acesso em 10 de maio de 2015.

STRAPASSON, R. **Valorização do polipropileno através de sua mistura e reciclagem**. Dissertação de Mestrado. Curitiba, 2004.

O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 81/2014

Ingra Fernandes Costa[235]

INTRODUÇÃO

O trabalho escravo é uma das mais gritantes formas de degradação humana e social que assolam o mundo, na medida em que submete o trabalhador ao trabalho forçado e/ou jornada exaustiva, bem como ao trabalho em condições degradantes.

Segundo estimativas realizadas pela OIT, cerca de 25.000 pessoas no Brasil são mantidas em condições análogas as de escravidão, sendo encontradas, na maioria das vezes, na pecuária e na agricultura, sendo que o Maranhão foi o Estado brasileiro que mais exportou mão de obra escrava no período de 1995 a 2005 e atualmente ocupa a 5ª posição de Estado que mais possui trabalhadores submetidos ao trabalho escravo, segundo a lista do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE).

Passados 128 anos do advento da Lei Áurea, com a abolição formal da escravidão, a conduta de escravizar trabalhadores é muito constante, sendo que os empregadores, autores de tal crime, são impunes e apesar de haver grande violação a normas constitucionais, trabalhistas e ser penalmente punível, tal conduta continua sendo bastante comum e na maioria dos casos, salvo raras exceções, nada acontece com aquele que escravizou.

Não obstante a Emenda Constitucional nº 81 representar um avanço na luta contra o trabalho escravo, ao mesmo tempo, poderá representar retrocesso, uma vez que a mesma condicionou a realização da expropriação à lei posterior que venha a "conceituar" o trabalho escravo, delimitando o seu sentido, em uma nítida tentativa da bancada ruralista do Congresso Nacional de limitar o conceito de trabalho escravo, retirando as modalidades de "jornada exaustiva" e "condições degradantes" trazidas pelo art. 149 do CP.

---

235. Bacharel em Direito pela UNDB (Unidade de Ensino Superior Dom Bosco) e especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Email: ingracosta@hotmail.com

A problemática do trabalho gira em torno da análise das formas contemporâneas de trabalho escravo e as suas repercussões na sociedade atual, bem como da análise da EC 81/2014, abordando a sua importância no combate ao trabalho escravo devido a previsão de expropriação que fora acrescida ao art. 243 da CF com o advento da Emenda.

O presente artigo será baseado em pesquisas bibliográficas e documentais. Para tanto, será utilizado o método hipotético-dedutivo, onde procura através de hipóteses, verificar possíveis soluções a um problema posto. A abordagem do tema será feita com base em pesquisa de fontes primárias e secundárias, como livros, manuais, artigos científicos, dissertações e notícias de jornais.

1 O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO E SEUS ELEMENTOS

Em pleno século XXI, passados muitos anos após a abolição legal da escravatura, o trabalho escravo é uma realidade incontestável no Brasil, encontrando-se presente em todo o País, especialmente nas zonas rurais das cidades, onde milhares de trabalhadores, que vivem em situação de pobreza e miséria, na busca de um meio de sustentar a si e as suas famílias, submetem-se a tal tipo de exploração.

Conforme dados do Ministério Público do Trabalho (MPT) atualmente cerca de 20 mil trabalhadores no Brasil são submetidos à escravidão contemporânea[236]. Entretanto, salienta-se que a escravidão dos dias de hoje se diferencia da escravidão dos tempos antigos, onde o escravo era comprado e passava a ser propriedade do seu senhor.

Esses trabalhadores são constantemente submetidos a ameaças e coações físicas e morais, a jornadas excessivas de trabalho e geralmente são hospedados em alojamentos sem as mínimas condições de habitação, e na maioria das vezes inexiste remuneração ou o pagamento de salários é inferior ao mínimo legal. (VILLELA, 2008, p. 10).

Tais situações revelam a extrema violação de direitos e garantias fundamentais consolidados pela Carta Maior, como o da dignidade da pessoa humana, a liberdade e a valorização social do trabalho.

O legislador constituinte, logo no primeiro artigo da Constituição Federal, elencou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo que o Brasil reger-se-á, além de outros princí-

236. Dados retirados do site do portal MPT. Disponível em: http://portal.mpt.gov.br/wps/wcm/connect/9a0cf38047af3bb1bd98bfd0854ab81a/Cartilha+Alterada_3-1.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9a0cf38047af3bb1bd98bfd0854ab81a. Acesso em: 20/09/2016.

pios, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, conforme o disposto no artigo 1º, inciso III da CF.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt, citado por Neves (2012, p. 65) afirma que reduzir alguém a condição análoga à de escravo fere, acima de tudo, o princípio da dignidade da pessoa humana, despojando-o de todos os seus valores ético-sociais, transformando-o em *res*, no sentido concebido pelos romanos.

Entretanto, dada a permanência do trabalho escravo no mundo todo, a OIT passou a se preocupar com esse tipo de trabalho com degradação a dignidade da pessoa humana, de modo que em junho de 1930 a organização internacional adotou a sua primeira convenção sobre o tema, objetivando combater a prática do trabalho escravo e unir os países em torno dessa preocupação.

Nesse contexto é que a OIT editou a Convenção nº 29 de 1930, ratificada no Brasil pelo Decreto nº 95.461, de 11 de dezembro de 1987, que dispõe sobre a eliminação do trabalho forçado ou obrigatório em todas as suas formas. Seu primeiro artigo traz expressamente que o conceito de "trabalho forçado ou obrigatório" compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente.

Posteriormente, com a imposição em massa de trabalho forçado por motivos ideológicos ou políticos no interior de países, principalmente após o fim da Segunda Guerra Mundial, surgiu a necessidade de criar uma nova norma para reforçar o combate ao trabalho escravo. Nesse sentido, a OIT editou a Convenção nº 105, de 1957, sendo mais específica quanto às suas posições, com o enfoque principal no trabalho forçado imposto pelo Estado. (AZZOLIN, 2013, p.33).

Esses dois instrumentos apresentados são tidos como Convenções fundamentais da OIT, como revela a classificação elaborada pela própria instituição, revelando, assim, a importância no combate ao trabalho escravo no âmbito internacional e por consequência a luta pela promoção da dignidade dos trabalhadores.

1.2 A TIPIFICAÇÃO DO ART. 149 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Além das convenções mencionadas, aliadas as políticas públicas desenvolvidas no âmbito nacional para o combate ao trabalho escravo, no Direito Brasileiro a norma que define o conceito de trabalho escravo com maior precisão é o Código Penal.

Esse dispositivo serve como base tanto para enquadrar o ilícito penal (art. 149), como para identificar o trabalho escravo no âmbito do Direito do Trabalho, para, por exemplo, se pagar indenizações por danos morais ao trabalhador. O artigo 149, *in verbis*, prescreve:

> Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:
>
> Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.
>
> § *1o Nas mesmas penas incorre quem:*
>
> I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;
>
> II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.
>
> § *2o A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:*
>
> I – contra criança ou adolescente;
>
> II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Primeiramente, salienta-se que o tipo penal em questão traz a expressão “condições análoga a de escravo” sendo esta a mais correta uma vez que, a escravidão propriamente dita, onde o escravizado era visto apenas como mercadoria, não sendo detentor de direitos, não mais existe, pois foi abolida pelo nosso ordenamento jurídico pátrio.

Faz-se necessário também destacar que o artigo em comento sofreu alteração dada pela Lei nº 10.803/2003. Antes da modificação, o art. 149 do CP dizia somente “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”, assim, era um tipo penal aberto, uma vez que o mesmo não apresentava as condições para o enquadramento do autor do crime, sendo necessário usar analogia para a definição do crime. Com a alteração houve a transformação do crime em forma vinculada uma vez que a lei especificou o *modus operandi* de praticar o referido delito, sendo que a tipificação, com advento dessa lei, depende do enquadramento da conduta do agente em uma das hipóteses descritas na lei, em *numerus clausus*, de forma taxativa. (CAPEZ, 2007, p. 267).

E ainda, com a alteração dada pela Lei 10.803/2003, o legislador buscou conferir uma proteção jurídica mais ampla, uma vez que assegura tanto proteção à liberdade do trabalhador quanto proteção à sua dignidade.

Sendo assim, ao analisar o dispositivo acima, observa-se que o mesmo é composto de quatro pressupostos caracterizadores do trabalho escravo contemporâneo, quais sejam: 1) trabalho forçado, que implica na falta de liberdade do trabalhador em externar sua vontade quanto a permanecer ou não laborando; 2) jornada exaustiva, que caracteriza-se pela extensão da horas trabalhadas, causando ao trabalhador cansaço físico e mental; 3) condição degradante de trabalho; e 4) restrição da locomoção do trabalhador, por qualquer meio, em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Brito Filho (2006, p. 10) ao analisar o trabalho em condições análogas a de escravo afirma que ele é gênero do qual decorreria duas outras espécies de crime: o trabalho forçado (privação da liberdade) e o trabalho degradante (privação de dignidade).

Deve-se entender por trabalho em condições degradantes "aquele em que não são respeitados os direitos mínimos para o resguardo da dignidade do trabalhador" (BRITO FILHO, 2006, p. 132).

Por fim, pontua-se que, com a alteração dada pela Lei nº 10 803/2003, houve um estimulo para o debate acerca do tipo penal do art. 149 do CP. Destaca-se que a descrição do tipo em comento, com base em uma hermenêutica mais literal da norma, revela que o artigo 149 do Código Penal concebe o trabalho análogo ao de escravo em hipóteses de maior abrangência, uma vez que, além de defender o seu cabimento naqueles casos em que o trabalhador possui seu direito de liberdade limitado (e aqui o legislador utiliza o mesmo critério aplicado pela convenção nº 29 da OIT) concebe-o ainda nas situações em que o trabalhador é submetido a longas jornadas ou às condições degradantes de trabalho.

Não obstante a existência da presente sanção penal e também de sanções cíveis e trabalhistas para a prática de submeter alguém a condição análoga a de escravo, as mesmas não tiveram o condão de erradicar por completo a sua tão desumana prática.

Sendo assim, destaca-se a importância do advento da Emenda Constitucional nº 81, como um grande avanço no trato do trabalho escravo, haja vista que a mesma possibilita que o explorador de mão de obra escrava perca sua propriedade, sem nenhuma indenização, o que impõe ao proprietário que atenda a função social da propriedade e também cumpra as normas trabalhistas.

2 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 81/2014

Visando coibir a prática do trabalho escravo, em maio de 2014 foi aprovada a PEC 57-A/1999, conhecida como "PEC do Trabalho Escravo". Sua aprovação fez

surgir a Emenda Constitucional nº 81/2014, que alterou a redação do art. 243 da CF/88, prevendo o confisco de propriedades onde for constatada a exploração de mão de obra escrava e sua destinação à reforma agrária ou a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário.

2.1 A ALTERAÇÃO DO ART. 243 DA CF E OUTROS ASPECTOS

A PEC 57-A transformou-se na Emenda Constitucional 81/2014, dando novo texto ao art. 243 da Constituição de 1988, que já previa a expropriação de propriedades em que se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas[237], acrescendo a possibilidade de expropriação nos casos de exploração de mão de obra escrava. Assim, com a alteração dada pela EC 81/2014, tal artigo passou a adotar a seguinte redação:

> Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.
>
> Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

Tal sanção prevista na Emenda, sanção de cunho fortemente patrimonial/econômica, soma-se as medidas penais e trabalhistas já existentes em nosso ordenamento jurídico brasileiro, proporcionando um incremento no combate ao trabalho escravo, uma vez que, além da possibilidade de o infrator ser responsabilizado criminalmente, podendo ter sua liberdade cerceada, e ser responsabilizado pelas

237. A redação do artigo antes da alteração dada pela Emenda 81/2014 era a seguinte:
"Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias".

violações de direitos trabalhistas mínimas que acarretam na ruptura contratual pelo descumprimento das obrigações contratuais pelo empregador, "inclui-se a eliminação do direito de propriedade como resultado da adoção de práticas que fulminam a dignidade da pessoa humana". (NOGUEIRA *et al.*, 2014, p. 23).

Importante também salientar que a Emenda em comento representa um grande avanço normativo, na medida em que o que se tinha até então era tão somente a previsão constitucional da figura da desapropriação (art. 184 e ss. da CF), que em nada contribuía para o combate ao trabalho escravo.

E ainda, a possibilidade do perdimento da propriedade em virtude da prática do trabalho escravo é medida que vem reforçar o seu combate, uma vez que, juntamente com a sanção penal, acarreta maior temor do proprietário de terras, sendo mais eficaz do que a imposição de multas, que na maioria dos casos, são irrelevantes perto do alto poder econômico dos latifundiários que exploram o trabalho humano. Nesse sentido, Neves (2014, p. 71) aduz:

> A expropriação de terra pode, de maneira eficaz, inibir a prática do crime de trabalho escravo, desestimulando a exploração da mão de obra e diminuindo a reincidência, pois, com o risco de prejuízo maior (perda da propriedade) do que os benefícios auferidos com a exploração, a tendência é que cada vez menos se utilizem desse ilícito.

Assim, nota-se a importância do advento da EC 81/2014 para o ordenamento jurídico, uma vez que a mesma prevê uma medida drástica que pode atuar de forma mais efetiva para combater o trabalho escravo.

Em contrapartida, a redação aprovada na Emenda passou a exigir expressamente, com a expressão "na forma da lei", a edição de Lei posterior para que possa ser aplicada em sua plenitude, uma vez que a mesma é norma de eficácia limitada, não possuindo aplicação imediata, dependendo de ato do legislativo em editar uma lei para, somente após, ser possível a expropriação de propriedades pelas autoridades administrativas e judiciais competentes.

Nesse sentido, cumpre mencionar o Projeto de Lei do Senado nº 432/2013 elaborado pelo Senador Romero Jucá (PMDB-RR). Tal projeto possui três objetivos: conceituar o trabalho escravo; dispor a forma como se dará a expropriação; e organizar a criação do Fundo Especial em benefício dos trabalhadores para aplicação dos valores decorrentes da prática ilegal, conforme previsto na Constituição.

Entretanto, no mencionado Projeto de Lei, que possui o objetivo de regulamentar a EC 81, reside o problema no fato de que o mesmo possui como principal ponto a fixação de um conceito de trabalho escravo para a expropriação distinto do previsto no art. 149 do CP, conforme nota-se no art. 1º, § 1º, *in verbis*:

> É trabalho escravo: I- a submissão a trabalho forçado, exigido sob ameaça de punição, com uso de coação, ou que se conclui da maneira involuntária, ou com restrição da liberdade pessoal; II- o cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; III- a manutenção de vigilância ostensiva no local de trabalho ou a apropriação de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; e IV- a restrição, por qualquer meio, da locomoção do trabalhador em razão de dívida contraída com empregador ou preposto.

Da leitura do dispositivo observa-se que o referido Projeto reduz as situações que configurariam trabalho escravo, ao menos para efeitos de expropriação, negando as hipóteses previstas e já consolidadas pelo Código Penal, concernentes à jornada exaustiva e às condições degradantes.

Nesse sentido, se aprovado nos termos propostos, o PLS 432/2013 fará aparecer dois conceitos distintos de trabalho escravo: um para fins de expropriação, e outro para o âmbito penal e trabalhista, produzindo efeitos indesejáveis na tutela do trabalho digno e prejudicando o combate ao trabalho escravo.

O coordenador Geral da Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo -CONATRAE, José Guerra, entende que o projeto de regulamentação ficou aquém do ideal, **principalmente por não conter as hipóteses de jornada exaustiva e condições degradantes** na conceituação de Trabalho Escravo para fins de expropriação. Ele assim enfatizou:

> Entendemos que a aprovação do PLS 432/13 da forma que se encontra anulará o efeito da aprovação da PEC do Trabalho Escravo, havendo inclusive uma grande possibilidade de retrocesso na conceituação de Trabalho Escravo no país. (SINAIT.ORG, 2013).

Cumpre reconhecer, entretanto, que de fato há necessidade da edição de lei regulamentadora do art. 243 da CF, pois é imprescindível que se defina o trâ-

mite processual a ser seguido até a decisão definitiva quanto à expropriação da propriedade, "a fim de estabelecer a competência para apreciação e julgamento da medida, quais os requisitos necessários para sua concretude, se dependerá de decisão colegiada ou transito em julgado da sentença, qual a justiça competente etc". (NEVES, 2014, p. 69).

Assim, e em concordância com o citado autor, entende-se que tão somente nesse ponto se faz necessária Lei regulamentadora, com o único fulcro de garantir a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, da legalidade e da motivação das decisões.

Por todo o exposto, conclui-se que é necessária muita cautela na formulação da Lei regulamentadora da Emenda, uma vez que, as consequências da edição de uma lei inadequada poderão acarretar no esvaziamento e na pouca efetividade do art. 243 da CF, podendo, inclusive, prejudicar no combate ao trabalho escravo.

2.2 A PREVISÃO DE EXPROPRIAÇÃO

O Direito de Propriedade tem se afastado cada vez mais de sua concepção civilista, de caráter absoluto, previsto inclusive na Declaração dos Direitos do Homem do Cidadão de 1789, pela qual o exercício do direito de propriedade seria absoluto na medida em que restasse assegurado aos demais indivíduos o exercício de seus direitos. Entretanto, no contexto atual, o direito ilimitado de propriedade:

> Foi sendo superado pela evolução, desde a aplicação da teoria do abuso do direito, do sistema de limitações negativas e depois também de imposições positivas, deveres e ônus, até chegar-se à concepção da propriedade com função social, e ainda à concepção da propriedade socialista, hoje em crise. (SILVA, 2002, p. 271).

As principais justificativas para a restrição ao direito fundamental da propriedade, previsto no art. 5º, XXII da CF/88, são o descumprimento de sua função social (art. 5º, XXIII, CF), a violação da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, todos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III e IV da CF).

Cumpre destacar o disposto no art. 186 da CF, que dispõe acerca da função social da propriedade. O artigo apresenta a seguinte redação:

> Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
>
> I - aproveitamento racional e adequado;
>
> II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
>
> III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
>
> IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Nesse sentido, são exceções ao exercício pleno do direito de propriedade: a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV); a desapropriação, para fins de reforma agrária, do imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária (art. 184, *caput*), a desapropriação do imóvel urbano não edificado (art. 182, §4º) mediante indenização em títulos da dívida pública; desapropriação indireta; a requisição, no caso de iminente perigo público (art. 5º, XXV); as servidões administrativas; usucapião de imóvel urbano (art. 183). (LIMA, 2014, p. 1).

Além dessas hipóteses, o art. 243 da CF prevê a expropriação das glebas onde forem localizadas culturas de plantas psicotrópicas, sem qualquer indenização ao proprietário, acrescentando-se, com o advento da EC 81/2014, mais um limite ao direito de propriedade, que diz respeito a expropriação de propriedades rurais e urbanas onde forem localizadas a exploração de trabalho escravo, também sem qualquer indenização ao proprietário, destinando-as à reforma agrária e a programas de habitação popular.

Por fim, pontua-se que a Constituição Federal, em seu art. 184, permite que a União desaproprie, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo com sua função social. O referido artigo possui o seguinte texto:

> Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Assim, a União poderia desapropriar as terras para fins de reforma agrária, mediante o pagamento de indenização ao proprietário, conforme o texto do artigo acima transcrito. Ocorre que, tal medida não alcançaria o objetivo de reprimir a prática do trabalho escravo, sendo totalmente contraditória a possibilidade de o empregador receber pagamento de indenização pela pratica de um crime.

> Daí a importância da edição da EC 81/2014 que passou a prever a possibilidade não de desapropriação, mas sim de expropriação da terra, ou seja, o perdimento da propriedade sem direito a qualquer tipo de indenização ou compensação, a título de sanção. (NEVES, 2014, p. 65).

Diante do exposto, conclui-se que a EC 81/2014 representa um grande avanço normativo, na medida em que o que se tinha até então era somente a previsão constitucional da figura da desapropriação, que em nada contribuía para o combate ao trabalho escravo. E ainda, conclui-se que a pretensão do constituinte em retirar a propriedade daqueles que a utilizam de maneira contrária ao interesse social revela-se em consonância com os preceitos constitucionais referentes ao direito de propriedade.

CONCLUSÃO

O presente artigo abordou a temática do trabalho escravo contemporâneo e a Emenda Constitucional nº 81/2014. No primeiro momento abordou-se sobre os elementos constituintes do trabalho escravo, destacando-se o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil que impede ou pelo menos deveria impedir, a prática da exploração de mão de obra escrava. Destacou-se também as Convenções nº 29 e 105 da OIT como convenções fundamentais que visam reprimir e ajudam a entender o que vem a ser o trabalho escravo contemporâneo. Foi abordada também a legislação principal de repressão ao trabalho escravo (Código Penal) trazendo considerações sobre a tipificação do art. 149 e as modalidades do trabalho escravo.

Posteriormente, destacou-se a importância do advento da EC nº 81 como uma medida que visa extinguir a prática do trabalho escravo em nosso País diante da permanência do trabalho escravo contemporâneo em nossa sociedade e devido à ineficácia das medidas governamentais até então adotadas para combaterem a sua prática.

Outro aspecto destacado fora o Projeto de Lei do Senado nº 432/2013, que possui como principal ponto a fixação de um conceito de trabalho escravo, para fins de expropriação, distinto do previsto no art. 149 do CP, negando as hipóteses previstas pelo Código Penal, concernentes à jornada exaustiva e às condições degradantes.

Por fim, destacou-se a previsão de expropriação trazida pela EC nº 81 como mais um limite ao direito de propriedade, possibilitando a retirada das propriedades rurais e urbanas onde forem localizadas a exploração de trabalho escravo, sem qualquer indenização ao proprietário, podendo-se concluir que a EC 81/2014 representa um grande avanço normativo, na medida em que o que se tinha até então era somente a previsão constitucional da figura da desapropriação que em nada contribuía para o combate ao trabalho escravo.

REFERÊNCIAS

AZZOLIN, Thiago Pires. **Entraves que afetam a efetividade da OIT e CIDH no combate à escravidão contemporânea no Brasil**. Monografia- Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria- RS, 2013. Disponível em: < http://www.nucleoprisma.org/wp-content/uploads/2014/08/Monografia--Rela%C3%A7%C3%B5es-Internacionais.pdf>. Acesso em: 01 ago. de 2016.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. **Trabalho com redução do homem à condição análoga à de escravo e a dignidade da pessoa humana**. 2006. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/trabalho_forçado-brasil/documentos/dignidadetrabalhoescravo.pdf>. Acesso em: 01 ago. de 2016.

CAPEZ, Fernando**. Curso de Direito Penal**. 11 ed. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº. 29**. Sobre o trabalho forçado ou obrigatório. 1930. Disponível em:
<http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/conv_29.pdf>. Acesso
em: 29 jul. 2016.

Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº. 105**. Convenção relativa a abolição do trabalho forçado. 1957. Disponível em: <https://pactoglobalcreapr.files.wordpress.com/2010/10/conv_105-trabalho-forcado1.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2016.

LIMA, Thiago Emmanuel Chaves de. **Ampliação dos limites constitucionais ao direito de propriedade: expropriação por trabalho escravo.** Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 22 jul. 2014. Disponivel em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49101&seo=1>. Acesso em: 01 ago. 2016.

NEVES, Débora Maria Ribeiro. Consequências da promulgação da EC 81/2014: retrocesso no combate ao trabalho escravo. **Revista de Direito do Trabalho**. RDT 158. Agost. 2014.

NEVES, Débora Maria Ribeiro. **Trabalho escravo e a aliciamento**. São Paulo: LTr, 2012.

NOGUEIRA, Cristiane V. *et al*. Recentes avanços legislativos no combate à escravidão. **Revista de Direito do Trabalho**. RDT 158. Agost. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional nº 35 de 20.12.2001). São Paulo: Malheiros, 2002.

SINAIT. PEC do Trabalho Escravo vai a votação no Senado na terça-feira. Disponível em: https://www.sinait.org.br/?r=site/noticiaPrint&id=8409. Acesso em: 29 jul 2016.

VILLELA, Fábio Goulart. **Introdução ao Direito do Trabalho**: História e Principiologia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VETOR AXIOLÓGICO E LIMITATIVO NAS RELAÇÕES CONFLITUOSAS DECORRENTES DO ASSÉDIO MORAL: EXPERIÊNCIAS PRÁTICAS, LEGISLATIVAS E JURISPRUDENCIAIS

Marcelo Ferreira Machado[238]

Introdução

Em uma Carta Constitucional que consagra amplo leque de princípios e direitos jusfundamentais, como é a Constituição brasileira, "a dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos materialmente fundamentais e representa o núcleo essencial de cada um deles, assim os individuais como os políticos e os sociais".[239]

A dignidade humana exerce nas relações laborais uma função eficacial concretizadora de limites das disparidades havidas neste tipo de relação[240], mormente diante das vicissitudes encontradas tanto no exercício diretivo de empresa, quanto no caráter sinalagmático dos contratos celebrados.

Diante do afirmado, corporificada a dignidade na figura humana do homem trabalhador, enquanto sujeito e objeto de direito, entende-se que é possível (e desejável) que as diversas instâncias de poder (público e privado) passem a tomar precauções e adotem ações com o condão de abolir, ou – não se afirmando tão longe – *reduzir* os conflitos de trabalho havidos quando identificada a opressão em face do empregado acossado.

---

238. Advogado. Mestre em Direito. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho. Pós-graduado em Direito do Estado e Administrativo. Sócio de Ferreira e Machado Advogados Associados. Professor convidado da UCAM/RJ. Email: mfmachado76@gmail.com

239. BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1.ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 251.

240. Neste sentido, FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da isonomia substancial. in: TEPEDINO, Gustavo [et al.] (coords). Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Em especial, p. 34.

Convém notar, que o "primeiro nível cômodo" de resposta a ser dada pelo empregador ("proprietário" dos meios de produção), quando da identificação do assédio no interior organizacional da sociedade empresarial, é a rescisão direta, por justa causa, do contrato de trabalho. Tal se daria, com base no art. 482, "b" (2ª figura), "h", "j" ou "k" da CLT – a depender da melhor qualificação do caso, tendo em vista não haver previsão específica na Lei. Ou seja, a rescisão, como resposta repressiva à lesão provinda do assédio moral, pode ser qualificada como: (i) "mau procedimento" – uma previsão legislativa genérica que tenciona a gravidade da conduta do empregado na obediência ao contrato com relação a seus superiores, subordinados, ou aos parceiros de trabalho (de mesmo nível hierárquico); (ii) ora "indisciplina", descumprimento de ordens gerais do empregador, ora "insubordinação", descumprimento de ordens específicas – como poderia se dar no assédio ascendente; (iii) ato lesivo à honra ou boa fama em serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, entendendo-se aqueles atos perpetrados contra o companheiro de trabalho (independendo da posição hierárquica empresarial); ou, (iv) atos lesivos à honra ou boa fama em serviço, ou ofensas físicas, contra o empregador (*v.g.*, assédio ascendente). Vê-se, portanto, que a qualificação da conduta do assédio no caso concreto, a despeito de sua não previsão na CLT, deve ser aferida e comprovada com redobrada acuracidade.

Entrementes, não se deve esquecer que é possível ao empregado, também, como repressão à violação contratual que decorre do assédio, rescindir indiretamente o contrato de trabalho, com base no art. 483, "a" (1ª e 4ª figuras), "b", "d", "e" ou "g" da CLT, e assim será quando, por exemplo: (i) haja exigência de serviços superiores às forças do empregado, com violação aos art. 198, 390 e 405, §5º da CLT[241], p.e., com o fim de praticar assédio vertical por esgotamento físico, ou ainda por serviços alheios ao trabalho; (ii) o tratamento por rigor excessivo (o que seria o mais comum, devendo ser plúrima a ação); (iii) não cumprimento pelo empregador das obrigações do contrato, como se daria na hipótese de não dar trabalho ao empregado (conforme se verá em jurisprudência colacionada no sub-item abaixo, a "geladeira"[242]); (iv) atos lesivos à honra e boa fama do em-

---

241. A menção ao art. 405, §5º da CLT faz lembrar que ao menor não é vedada a prestação de trabalho contratualizado (ex vi do art. 7º, XXXIII, CRFB/88) e, em sendo assim, possível antever a possibilidade de cometimento do assédio moral.

242. Embora tratando de seu aspecto no serviço público, aduz Hirigoyen: "Colocar na 'geladeira'" corresponde a uma forma de assédio no vazio. A pessoa é rejeitada porque não se adapta mais ao cargo, mas ao mesmo tempo não há nada de específico contra ela ou porque, devido a um conflito com a hierarquia, torna-se claro que ela não é mais adequada para o espírito da organização. É preferível pagar-lhe o salário até que ela vá embora mesmo que não trabalhe mais, contanto que não crie atritos" (HIRIGOYEN, Marie-France. Mal-Estar no Trabalho: redefinindo o assédio moral. Trad. Rejane Janowitzer. 7.ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012. p. 128) (grifos nossos).

pregado pelo empregador, o que mais do que é possível pensar possa ocorrer no assédio; ou, (v) quando o empregado possuir contrato por tarefa ser-lhe reduzido o trabalho a tal ponto que afete o aspecto econômico do contrato laboral, similarmente ao apontado na rescisão indireta baseada no art. 483, “a”, 4ª figura.

Não olvidando o enfrentamento tradicional que pode ser haurido da CLT, serão apontadas algumas experiências havidas no mundo e no Brasil, tanto práticas, quanto legislativas e jurisprudenciais, na tentativa de combate ao assédio moral, principalmente em seu caráter preventivo e pedagógico.

1. Iniciativas internacionais de combate ao assédio moral

Primeiramente, cite-se a paradigmática Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em vigor naquele âmbito desde 15 de Junho de 1960 e aprovada, ratificada e promulgada no Brasil com vigência em 26 de Novembro de 1966, que trata da discriminação em matéria de emprego e ocupação.[243] Embora não mencione expressamente os casos de assédio estão eles compreendidos no conceito adotado de discriminação de seu art. 1º, “a” e “b”, como toda distinção, exclusão ou preferência perpetradas em matéria de emprego ou profissão.

No âmbito europeu, organizações privadas plurinacionais, como a Confederação Sindical Europeia (ETUC), a BUSINESSEUROPE (principal grupo de negócios na Europa)[244], UEAPME[245] e a CEEP[246] assinaram em 26 de Abril de 2007 um acordo de condenação à prática do *mobbing* e da violência no ambiente de trabalho estipulando a adoção de métodos de prevenção, identificação e administração do problema com a propositura de alguns métodos, *v.g.*, tornar clara, dentro das sociedades empresariais, a intolerância da prática do assédio e os procedimentos de luta contra o mesmo; reconhecimento da responsabilidade pela identificação, exame e monitoramento dos casos junto aos empregados e aos seus representantes; a publicidade dos termos do acordo frente a terceiros.[247]

---

243. CHAGAS, Gustavo Luís Teixeira das; MIESSA, Élisson. Legislação de Direito Internacional do Trabalho e Proteção Internacional dos Direitos Humanos. 3.ed., rev. ampl. atual., Salvador: JusPODIVM, 2013. pp. 137-138.

244. Grupo de lobby empresarial que representa as pessoas jurídicas, empregadoras, em 35 países europeus.

245. Associação Europeia dos Artesãos e das Pequenas e Médias Empresas.

246. Organização dos Empregadores e Empresas Públicas.

247. Cf. MILCZAREK, Malgorzata [et al.]. Workplace Violence and Harassment: A European Picture. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010. pp. 88-89. Disponível em: https://osha.europa.eu/en/publications/reports/violence-harassment-TERO09010ENC. Acesso em 29/05/2014.

Na União Europeia encontra-se, ainda, um programa de ação comunitária denominado "DAPHNE", com diversos campos de atuação. Um deles, que data do biênio 2003/2004, produziu um relatório de situação do *mobbing* na Suécia e propôs algumas medidas mitigatórias do fenômeno naquele país, como exemplo, o amparo do empregado mediante oferta à mídia escrita ou eletrônica para relatar problemas sentidos na sistematização do *mobbing* no âmbito empresarial em que labora; adoção e incremento de políticas públicas baseadas no Estado do Bem-Estar Social adotado pela Suécia, reconhecidamente citado no documento, para estabelecimento de agendas políticas de melhoria do meio ambiente de trabalho e viabilização da comunicação do *mobbing*; uso de campanhas educacionais visando a mitigação de tal violência, como a que existe naquele país, de nome "SUNTLIV.NU".[248]

Na Itália, no que tange à Seguridade Social, o Instituto Nacional de Seguridade dos Infortúnios do Trabalho (INAIL) acolheu, certa feita, o pedido de indenização pretendida por empregado de sociedade privada, por síndrome de *mobbing*, que não é doença infortunística tabelada pela Seguridade.[249]

Em França, o Código do Trabalho prevê em seu artigo L. 1152-2 a vedação a qualquer alteração do contrato de trabalho decorrente de discriminação, mesmo aquela provinda do assédio. Aliás, o assédio *lato sensu* é punido criminalmente, art. 222-33-2 do Código Penal, com dois (2) anos de reclusão e pesada multa de 30.000 euros.[250]

Vê-se, dessa forma, que o enfrentamento perpassa desde convenções internacionais e/ou corporativas plurinacionais privadas, estabelecimento de objetivos empresariais amplos no que tange a procedimentos visando abolir a conduta violenta e insidiosa do assédio, políticas sociais de educação, até o apenamento criminal.

2. Iniciativas nacionais de combate ao assédio moral

No Brasil, mantém-se repelida a criminalização do assédio moral, diferentemente do que ocorre quanto ao assédio sexual. Pensa-se ser melhor medida; por esta opção, o princípio penal da fragmentariedade mantém-se incólume e remete ao campo cível, *lato sensu* considerado, o trato do fenômeno *mobbing*.[251]

---

248. COMISSÃO EUROPEIA. Status Report on Mobbing on the Workplace in Sweden by Kvinno Forum. Suécia, Junho/2004. pp. 18-20. Fonte: http://ec.europa.eu/justice_home/daphnetoolkit/files/projects/2003_152/the_swedish_contribution_kvinnoforum_2003_152.doc. Acesso em 29/05/2014.

249. RAUSEI, Pierluigi. Rivista Diritto & Pratica del Lavoro. Maggio/Giugno, 2002. p. 59 apud GUEDES, Márcia Novaes. Terror Psicológico no Trabalho. 3.ed., São Paulo: LTr, 2008. p. 132.

250. FRANÇA. Ministério do Trabalho, do Emprego e do Diálogo Social. http://travail-emploi.gouv.fr/informations-pratiques,89/les-fiches-pratiques-du-droit-du,91/sante-conditions-de-travail,115/le-harcelement-moral,1050.html. Acesso em 29/05/2014.

251. O conhecido princípio da fragmentariedade é corolário dos princípios da intervenção mínima,

No âmbito da Administração Pública federal, o Ministério do Trabalho confeccionou e publicizou importante cartilha sobre assédio moral e sexual nas relações de trabalho[252]. Nela, admoesta-se seus leitores das consequências deletérias da prática do assédio moral, exemplificativamente: perdas para o empregador, como queda da produtividade e eficiência, imagem negativa no mercado, baixo índice de criatividade, doenças profissionais, acidentes de trabalho, aumento do custo decorrente de rescisões em face da maior rotatividade de empregados, aumento de ações trabalhistas, entre outros pontos. Propõe, ainda, o aumento de diálogo de gestores e empregados, realização de seminários e palestras e criação de códigos de ética.[253]

Ainda que o assédio moral não conste na lista internacional de patologias passíveis de reconhecimento como doença profissional[254], já foi noticiada a possibilidade de percebimento de auxílio-acidente, conforme veiculado pelo próprio sítio eletrônico do Ministério da Previdência Social, no já distante ano de 2002. Naquele momento, relatava-se o segundo caso de reconhecimento do benefício em função do assédio moral.[255]

No Legislativo federal, tramita desde 2010, especificamente na Câmara dos Deputados, a passos lentos, o Projeto de Lei nº 7.202, de autoria do então Deputado Ricardo Berzoini (PT/SP) e outros, alterando a alínea "b" do inc. II do art. 21 da Lei 8.213/91 para equiparar a ofensa moral e física, enquanto ato isolado, ou como disputa de trabalho, ao acidente de trabalho. Informa o sítio eletrônico do órgão em questão, que o citado Projeto está na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) desde 13/04/2015.[256] A justificativa do Projeto faz alusão explícita ao fenômeno do assédio ou violência moral (ou *mobbing*), o que demonstra, ainda que de modo insípido, a preocupação do Poder Legislativo em tratar como a uma doença o aspecto sufocante do assédio moral, no âmbito empresarial, em face do empregado.

---

da reserva legal e da insignificância. Leciona BITENCOURT, César Roberto. Tratado de Direito Penal parte geral, vol. 1. 8.ed., São Paulo: Saraiva, 2003, a respeito do princípio mencionado, que "[o] Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica" (p. 12) (grifos constam no original).

252. BRASIL. MINISTÉRIO DO TRABALHO. Assédio Moral e Sexual no Trabalho. Brasília: MTE, ASCOM, 2009 (2013). Fonte: http://trabalho.gov.br/publicacoes-do-trabalho/trabalho/outros-assuntos-estudos/item/271-cartilha-assedio-moral-e-sexual-no-trabalho. Acesso em 09/10/2016.

253. BRASIL. MINISTÉRIO DO TRABALHO. Assédio Moral e Sexual no Trabalho. Brasília: MTE, ASCOM, 2009 (2013). pp. 26-27.

254. No denominado CID10, ou Classificação Internacional de Doenças, não se encontra a previsão de assédio moral. Fonte: http://www.cid10.com.br/. Acesso em 09/10/2016.

255. BRASIL. Ministério da Previdência Social. http://www.previdencia.gov.br/noticias/inss-e-cipa-discutem-assedio-moral-no-trabalho/. Acesso em 30/05/2014.

256. BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=474888. Acesso em 09/10/2016.

A seara privada nacional, mormente sindical, começa a adotar condutas que condizem com o aspecto preventivo esperado no enfrentamento do tema visando restringir o que, para alguns, poderia ser mero exercício da autonomia privada da vontade. A Federação Nacional dos Sindicatos dos Trabalhadores em Saúde, Trabalho, Previdência e Assistência Social (FENASPS) tem elaborada uma cartilha denominada "*Assédio Moral: violência contra o trabalhador*" destinada tanto aos empregadores e trabalhadores do setor privado, quanto aos do setor público.[257]

O Sindicato Nacional dos Trabalhadores de Pesquisa e Desenvolvimento Agropecuário (SINPAF) produziu um documentário, de acesso livre na internet, revelador das violações aos direitos trabalhistas *lato sensu*, mormente às normas de segurança, higiene e saúde do trabalho, além de assédio moral praticado por sociedades públicas brasileiras, como a EMBRAPA (Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária), entre outras.[258]

3. O enfrentamento pelo Judiciário brasileiro: um quadro amplo

O Judiciário trabalhista vem enfrentando o *mobbing* no aspecto mais conservador de resposta que possa ser dada pelo Estado, em uma de suas funções, enquanto instituição de poder, na proteção à dignidade humana do trabalhador (motivo pelo qual o Poder Judiciário deve ser *ultima ratio* no enfrentamento do tema).

Nos casos de assédio moral que são carreados por demandas trabalhistas, a única forma que o Direito encontrou de enfrentá-los, enquanto reconhecendo-os como dano moral, foi através da compensação, da indenização, da responsabilidade civil.

No Brasil, é clássica a doutrina de Sérgio Cavalieri Filho[259] tratando da conceituação e dos aspectos do dano moral que, a despeito de nos dias atuais ter-se como óbvia a sua ligação com o princípio da dignidade humana, teve sua devida importância na construção histórico-dogmática desta espécie de ilícito civil. Por tal motivo, que o autor afirma, desde há muito, que com a Constituição da República de 1988 e seu art. 1º, III, passou-se a ter um "direito subjetivo constitucional à dignidade" e o dano moral seria, em um sentido estrito, uma

---

257. FEDERAÇÃO NACIONAL DOS SINDICATOS DOS TRABALHADORES EM SAÚDE, TRABALHO, PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL (FENASPS). Fonte: http://www.fenasps.org.br/index.php/56-conteudos/122-cartilha-assedio-moral. Acesso em 09/10/2016.

258. YOU TUBE. COM. A Vida Não É Experimento. Canal de SINPAF 2012. http://www.youtube.com/watch?v=76diwm1ScV8. Acesso em 13/06/2014. O mobbing é tratado a partir dos 17 minutos do documentário, mas o mesmo é merecedor de atenção, por inteiro, com as devidas reservas pessoais que se queira adotar como espectador.

259. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 6.ed., rev. aum. e atual., São Paulo: Malheiros, 2005.

"violação ao direito à dignidade"[260] (mais modernamente, como refino daquela lição, entende-se que a dignidade humana não é propriamente um direito a ser vindicado judicialmente, pois decorrente da própria condição humana; o que pleiteia-se é a sua proteção, o seu respeito).[261] Não obstante o refinamento da ideia contida na reparabilidade decorrente do dano moral, o *mobbing*, sendo espécie de ilícito civil que ocorre nas relações de trabalho, que afronta o princípio da dignidade humana, vem sendo reconhecido judicialmente como tendente a gerar a indenização pelo dano moral. Não obstante, a Justiça Laboral parte de um sem-número de casos que poderiam ou não ser caracterizados como assédio; partindo-se da ideia de que o fenômeno foi reconhecido e citado judicialmente, tem-se os seguintes exemplos abaixo consignados.

O Tribunal Superior do Trabalho, no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 30340-82.2009.5.14.0005, afastando a alegação de negativa de jurisdição por não conhecimento da espécie recursal, ratificou a decisão de Tribunal *a quo* que reconheceu o cometimento de assédio moral praticado pela Petrobrás Distribuidora S/A em face de ex-empregado que passou a ocupar certo espaço da empresa sem dação de nenhum trabalho, como forma de punição a si atribuída, numa tentativa de "desestabilização emocional", por uma pretensa (e não comprovada) violação ao contrato de trabalho – a já famosa "geladeira".[262]

No Recurso de Revista nº 82500-73.2008.5.04.0304, o TST confirmou a condenação em danos morais das instâncias anteriores, por cometimento de assédio moral pela Companhia Riograndense de Saneamento (CORSAN) em face de ex-empregado, mantendo, inclusive, a majoração em cinco vezes do dano moral em Recurso Ordinário provido pelo TRT da 4ª Região (Rio Grande do Sul) – tal assédio ocorreu em outro caso de "geladeira", tendo origem em perseguição em decorrência da condição de dirigente sindical do então recorrido.[263]

Ainda que de modo precipitado, é possível supor que os casos em que há isolamento da figura física do empregado na estrutura hierárquica empresarial, sem

---

260. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 6.ed., rev. aum. e atual., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 101.

261. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial. In: Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n. 58, jan./mar., 2004. p. 56 apud ROMITA, Arion Sayão. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. 5.ed., rev. e aum., São Paulo: LTr, 2014. p. 310.

262. BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. AIRR - 30340-82.2009.5.14.0005, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento 05/05/2010, 6ª Turma, Data de Publicação DEJT 14/05/2010. Fonte: www.tst.jus.br. Acesso em 09/10/2016.

263. BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RR - 82500-73.2008.5.04.0304, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, Data de Julgamento 19/05/2010, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/05/2010 Fonte: www.tst.jus.br. Acesso em 13/06/2014.

atribuição de nenhuma função decorrente do contrato de trabalho, partindo-se do pressuposto que isso não se dá em ato único e isolado, vem sendo considerado como assédio moral ou *mobbing* pelo Judiciário trabalhista.

Diante de outra espécie fático-probatória, em exame recursal, o TST ratificou a condenação por danos morais por assédio moral ocorrida no exame do caso nas instâncias *a quo*, tendo em vista a pressão exercida por um dos diretores da então recorrente, ora reclamada, que pressionava os trabalhadores para votarem em seu filho, à época candidato a prefeito de Florestópolis (PR), ameaçando veladamente a todos pela não recontratação caso assim não agissem (através do voto), tendo em vista que a então recorrente era uma cooperativa.[264]

Para demonstrar que não é qualquer caso em que é reconhecido o *mobbing* na Justiça do Trabalho, no Recurso de Revista ao TST em que foi desfiado Agravo de Instrumento[265], o Tribunal reformou no tópico assédio moral a condenação por danos morais havidos em seu reconhecimento pelas instâncias ordinárias. A demanda pretendia a condenação da então reclamada por suposta prática de assédio cometido por superior hierárquico na condução das determinações de trabalho. Embora tenha havido produção probatória testemunhal foi acolhida a tese de uma das recorrentes, ora reclamada, de que não é a personalidade rude de um superior hierárquico ou qualquer conflito de trabalho que configura o alegado acosso moral, a gerar indenização. O Acórdão faz extenso estudo doutrinário sobre a temática tratada neste artigo, baseado na doutrina nacional e na doutrina de Marie-France Hirigoyen, e reavaliou a prova testemunhal produzida anteriormente, como frágil, para reformar *in totum* a condenação havida neste ponto.

Conclusão

O artigo em questão procurou analisar sob o ponto de vista do princípio da dignidade humana algumas emanações de combate do fenômeno *mobbing* mediante a apresentação de adoção de ações de política internacional, nacional e o enfrentamento do assédio moral perante a Justiça do Trabalho.

A vil existência sociológica laboral do assédio moral afeta o âmbito de proteção decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana (no caso, do homem trabalhador). Essa proteção tem eficácia direta (que para certa parcela doutriná-

---

264. BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RR - 253900-27.2005.5.09.0562, Relator Ministro Antônio José Barros Levenhagen, Data de Julgamento 20/08/2008, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/08/2008. Fonte: www.tst.jus.br. Acesso em 13/06/2014.

265. BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. AIRR - 794-92.2010.5.09.0002, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, Data de Julgamento 11/06/2014, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/06/2014. Fonte: www.tst.jus.br. Acesso em 09/10/2016.

ria é nominada como "eficácia horizontal") sobre as relações privadas, como o são as relações existentes no meio laboral, o que relegou ao ocaso, pelo virtuosismo doutrinário, o entendimento contrário pela refração, no campo privado, dos direitos fundamentais. Não se pode mais se entender não serem aplicáveis os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas[266].

Tendo em conta um nível de concreção advindo da eficácia normativa que decorre do princípio em pauta, as respostas a serem buscadas e tomadas são inúmeras e vão desde aspectos sociológicos, passando por medicinais e psicológicos, culminando em jurídicos.

No que toca ao direito, o tradicional binômio "ação-repressão" parece dever, conceitualmente, melhor solução quando está identificado o assédio moral nas relações de trabalho, afinal eliminar as incongruências da alma do homem é, atreva-se, *impossível*; culminaria na desnaturalização do próprio ser humano. Entretanto, a concretização das inúmeras condutas que, em seu conjunto, configuram assédio deve ser impugnada, de modo criativo, em sua raiz – e essa raiz é o homem.

Diante do ideal kantiano, em que o homem é um fim em si mesmo, a dignidade humana enquanto conceito filosófico é absorvida pelo Direito como consagradora da virtude de que somos todos iguais[267]. Passa-se a encarar o assédio moral como desvirtuamento dessa finalidade igualitária.

A resposta a ser dada pelo Direito deve inspirar-se em medidas que vêm sendo propostas e tomadas nos vários campos do conhecimento e nas várias escalas sociais: em todos, o ideal é que previna-se ao máximo sua propagação, sem que a condescendência conduza a uma omissão, no mínimo indevida, em seu enfrentamento, razão pela qual, a despeito da repressão ou indenização compensatória a ser buscada no Poder Judiciário, atitudes como informação, educação e diálogo parecem produzir melhores sentimentos aos envolvidos, fazendo-os enxergarem-se como iguais nas relações de trabalho desvirtuadas, ora em vez, pelo conflito. A indução a uma "*empatia laboral*" pode ser uma das soluções a serem buscadas pelo Direito para a extinção dessa espécie de violação à dignidade humana e à proteção que ela propaga.

---

266. Consulte-se sobre o tema, SILVA, Virgílio Afonso. A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1.ed., 3. tir., São Paulo: Malheiros, 2011.

267. KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes. Trad. Edson Bini [Coleção Folha: livros que mudaram o mundo; vol. 8]. 1.ed., São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010. p. 163, "(...), um ser humano é um fim para si mesmo, bem como para outros, e não é suficiente estar ele autorizado a usar a si mesmo ou a outros meramente como meios (...); é em si mesmo seu dever fazer do ser humano como tal seu fim" (grifos no original).

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1.ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal parte geral, vol. 1*. 8.ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=47488. Acesso em 09/10/2016.

BRASIL. MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. http://www.previdencia.gov.br/noticias/inss-e-cipa-discutem-assedio-moral-no-trabalho/. Acesso em 30/05/2014.

BRASIL. MINISTÉRIO DO TRABALHO. Assédio Moral e Sexual no Trabalho. Brasília: MTE, ASCOM, 2009 (2013). Fonte: http://trabalho.gov.br/publicacoes-do-trabalho/trabalho/outros-assuntos-estudos/item/271-cartilha-assedio-moral-e-sexual-no-trabalho. Acesso em 09/10/2016.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. AIRR - 30340-82.2009.5.14.0005, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento 05/05/2010, 6ª Turma, Data de Publicação DEJT 14/05/2010. Fonte: www.tst.jus.br. Acesso em 09/10/2016.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RR - 82500-73.2008.5.04.0304, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, Data de Julgamento 19/05/2010, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/05/2010 Fonte: www.tst.jus.br. Acesso em 13/06/2014.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RR - 253900-27.2005.5.09.0562, Relator Ministro Antônio José Barros Levenhagen, Data de Julgamento 20/08/2008, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/08/2008. Fonte: www.tst.jus.br. Acesso em 13/06/2014.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. AIRR - 794-92.2010.5.09.0002, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, Data de Julgamento 11/06/2014, 8ª

Turma, Data de Publicação: DEJT 13/06/2014. Fonte: www.tst.jus.br. Acesso em 09/10/2016.

BUSCA CID10. http://www.cid10.com.br/. Acesso em 10/10/2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6.ed., rev. aum. e atual., São Paulo: Malheiros, 2005.

CHAGAS, Gustavo Luís Teixeira das; MIESSA, Élisson. *Legislação de Direito Internacional do Trabalho e Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. 3.ed., rev. ampl. atual., Salvador: *Jus*PODIVM, 2013.

COMISSÃO EUROPEIA. Status Report on Mobbing on the Workplace in Sweden by Kvinno Forum. Suécia, Junho/2004. Fonte: http://ec.europa.eu/justice_home/daphnetoolkit/files/projects/2003_152/the_swedish_contribution_kvinnoforum_2003_152.doc. Acesso em 29/05/2014.

FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da isonomia substancial. *In*: TEPEDINO, Gustavo [*et al.*] (coords). *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FEDERAÇÃO NACIONAL DOS SINDICATOS DOS TRABALHADORES EM SAÚDE, TRABALHO, PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL (FENASPS). Fonte: http://www.fenasps.org.br/index.php/56-conteudos/122-cartilha-assedio-moral. Acesso em 09/10/2016.

FRANÇA. Ministério do Trabalho, do Emprego e do Diálogo Social. http://travail-emploi.gouv.fr/informations-pratiques,89/les-fiches-pratiques-du-droit-du,91/sante-conditions-de-travail,115/le-harcelement-moral,1050.html. Acesso em 29/05/2014.

GUEDES, Márcia Novaes. *Terror Psicológico no Trabalho*. 3.ed., São Paulo: LTr, 2008.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-Estar no Trabalho: redefinindo o assédio moral.* Trad. Rejane Janowitzer. 7.ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes. Trad. Edson Bini [Coleção Folha: livros que mudaram o mundo; vol. 8]. 1.ed., São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.

MILCZAREK, Malgorzata [*et al.*]. *Workplace Violence and Harassment: A European Picture*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010. Disponível em: https://osha.europa.eu/en/publications/reports/violence-harassment-TERO09010ENC. Acesso em 29/05/2014.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. 5.ed., rev. e aum., São Paulo: LTr, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1.ed., 3. tir., São Paulo: Malheiros, 2011.

YOU TUBE. COM. A Vida Não É Experimento. Canal de SINPAF 2012. http://www.youtube.com/watch?v=76diwm1ScV8. Acesso em 13/06/2014.

O ASSÉDIO MORAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO: ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO ÔNUS PROBATÓRIO

Melissa Breves Falcão[268]

INTRODUÇÃO

O assédio moral no emprego é a terminologia utilizada no ordenamento justrabalhista pátrio para determinar as condutas abusivas, constrangedoras e humilhantes perpetradas no ambiente laboral pelo superior hierárquico ou até mesmo por colegas de trabalho, de modo repetitivo e prolongado, que ferem direitos fundamentais do empregado. No entanto, esse tema é caracterizado pela interdisciplinaridade, sendo objeto de outras áreas de atuação, em especial da psicologia, medicina, administração, entre outras.

Conquanto não haja uma legislação nacional sobre o tema, isso não impede a conscientização da sociedade, dos juristas e de profissionais de outras áreas sobre o problema em questão, tendo em vista os efeitos do assédio moral nas empresas, oriundos da competitividade do mercado e que geram graves problemas de saúde ao empregado, de natureza física e psíquica.

Diante desse cenário, torna-se imprescindível assegurar o respeito aos direitos fundamentais como um todo e, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana, do qual se extrai o princípio da dignidade do trabalhador. Com efeito, as demandas judiciais pleiteando reparação pelos danos causados em virtude da prática de assédio moral crescem a cada dia, verificando-se a importância de delinear as espécies de responsabilidade civil e os meios de provas apropriados para a comprovação de tal prática, para que possa haver efetiva justiça no caso concreto.

Para atingir o objetivo proposto, o presente artigo foi dividido em três momentos. Em um primeiro momento, fez-se uma análise do conceito de assédio moral,

268. Mestranda no Programa do PPGD – Mestrado em Direito da Universidade Católica de Petrópolis. Email: melissafalcao02@gmail.com

de seus elementos caracterizadores e das espécies existentes, para embasar a análise da responsabilidade civil. Posteriormente, foi realizada uma abordagem das reponsabilidades civil objetiva e subjetiva e a respectiva aplicação aos casos de assédio moral na relação de emprego, delimitando-se a extensão da responsabilidade no caso de ato praticado pelo empregador, por outro empregado ou por ambos.

Por fim, foram abordadas questões acerca do ônus de provar a configuração da prática do assédio moral, bem como das controvérsias advindas da necessidade de comprovação do dano, ilustrando-se com algumas decisões dos Tribunais Trabalhistas brasileiros.

1 ASSÉDIO MORAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO

O assédio moral no emprego consiste na prática de condutas abusivas, constrangedoras e humilhantes no ambiente laboral por meio do superior hierárquico ou por colegas de trabalho, de modo repetitivo e prolongado, que ferem direitos fundamentais do empregado.

Na concepção da médica psiquiatra francesa Marie-France Hirigoyen (2005, p. 65), o assédio moral no ambiente laboral caracteriza-se por

> toda e qualquer conduta abusiva, manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho.

Assim, são consideradas ações caracterizadoras de assédio moral a marcação de prazos impossíveis de serem cumpridos, a mudança do trabalhador de setor com atribuições de responsabilidade para outra com funções triviais, o isolamento do funcionário, não atribuir o crédito ao autor da ideia, dentre outras (GUEDES, 2008, p. 36).

Quanto aos elementos caracterizadores do assédio moral, Alice Monteiro de Barros, (2008, p. 920-921) elenca quatro elementos doutrinários e jurisprudenciais: a intensidade da violência psicológica, o prolongamento no tempo, a finalidade de ocasionar um dano e a produção efetiva de danos psíquicos.

Primeiramente, a intensidade da violência psicológica deve ser baseada em uma percepção objetiva de uma pessoa normal, pois, segundo a autora (2008, p. 920), “não deve ser avaliada sob a percepção subjetiva e particular do afetado,

que poderá viver com muita ansiedade situações que objetivamente não possuem a gravidade capaz de justificar esse estado de alma".

Faz-se necessário, ainda, o prolongamento no tempo, isto é, tem como requisito o caráter permanente dos atos - o assédio moral não se caracteriza por um ato isolado.

Além disso, deve haver um fim específico, ou seja, ocasionar um dano psíquico ou moral ao empregado, de modo a marginalizá-lo no ambiente laboral.

Por fim, o quarto requisito é a produção efetiva de danos psíquicos. Esses danos são de natureza patológica, podendo ser transitórios ou permanentes, o que pressupõe uma análise clínica para verificação do assédio moral. Entretanto, esse último elemento é considerado dispensável para a autora (2008, p. 921), senão vejamos.

> O conceito de assédio moral deverá ser definido pelo comportamento do assediador, e não pelo resultado danoso. Ademais, a Constituição vigente protege não apenas a integridade psíquica, mas também a moral. Ao se exigir o elemento alusivo ao dano psíquico como indispensável ao conceito de assédio moral, teríamos um mesmo comportamento caracterizando ou não a figura ilícita, conforme o grau de resistência da vítima, ficando sem punição as agressões que não tenham conseguido dobrar psicologicamente a pessoa.

No que tange ao quarto elemento, Sônia Mascaro Nascimento (2011, p.65), embora o considere indispensável, prega pela desnecessidade da prova do dano, pois é possível presumir a existência dos danos psicológicos causados à vítima através dos fatos por si só.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ASSÉDIO MORAL

2.1 Breves apontamentos sobre a Responsabilidade Civil

Primeiramente, é preciso trazer um conceito de responsabilidade civil. Na concepção de Netto (2015, p. 27)

> A responsabilidade civil está fundada no princípio *neminem laedere,* ou seja, a fórmula, de elaboração romana, que nos recomenda agir de forma a não lesar os direitos de outrem. Quando

> o dano ocorre – seja moral, material ou estético – busca-se compensar, ainda que parcialmente, o equilíbrio perdido. A responsabilidade civil centra-se, portanto, na obrigação de indenizar um dano injustamente causado.

A responsabilidade civil se divide em contratual e extracontratual. A contratual está prevista no Código Civil, nos artigos 389 e 475 e não será objeto do presente estudo. A extracontratual, por sua vez, subdivide-se em subjetiva e objetiva (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 20).

A responsabilidade subjetiva possui os seguintes pressupostos, baseando-se no que dispõe o artigo 186 do Código Civil[269]: conduta culposa do agente, nexo causal e dano. Segundo Cavalieri Filho (2008, p. 18)

> [...] a partir do momento que alguém, mediante conduta culposa viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil. Por violação de direito, deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presentes no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos, nestes incluídos o direito à vida, à saúde, à liberdade à honra, à intimidade, ao nome e à imagem.

Ressalta, ainda, o autor que para que nasça a responsabilidade subjetiva, deve existir o elemento culpa em sentido amplo, ou seja, abrange "[...]toda espécie de comportamento contrário ao Direito, seja intencional, como no caso do dolo, ou não, como na culpa" (2008, p. 30). A diferença entre dolo e culpa está no momento em que a conduta se torna ilícita, pois em ambos existe uma conduta voluntária do agente, entretanto, no dolo a conduta já nasce ilícita, pois a vontade do agente se direciona à efetivação de um resultado antijurídico; já na culpa em sentido estrito a conduta nasce lícita e torna-se ilícita quando o agente se desvia dos padrões considerados socialmente adequados.

O nexo causal, por sua vez, é essencial em todos os tipos de responsabilidade civil, podendo haver, inclusive, responsabilidade sem culpa (na responsabilidade objetiva), mas nunca haverá responsabilidade sem nexo de causalidade;

---

269. Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

(...) o nexo causal é o elemento é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 46).

A existência do dano também é fundamental para que haja ressarcimento decorrente da responsabilidade civil, sob pena de enriquecimento ilícito. O dano consiste na "subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima". Daí surgem as divisões em dano patrimonial e moral, pois o dano pode lesionar um bem jurídico patrimonial ou moral. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 71).

Em contrapartida, há a responsabilidade civil objetiva, que dispensa a culpa ou o dolo, mas exige a presença do nexo causal e do dano. Esse tipo de responsabilidade é exceção no ordenamento jurídico, uma vez que a regra é a necessidade de comprovação da culpa em sentido amplo.

2.2 Responsabilidade civil no caso de assédio moral no emprego

Muito se discute na doutrina e na jurisprudência acerca das espécies de responsabilidade a serem aplicadas quando da configuração do assédio moral. Isso dependerá do tipo de assédio moral perpetrado, como será abordado mais adiante.

Primeiramente, passa-se a analisar os dispositivos legais que tratam da responsabilidade civil em geral e são aplicáveis ao dever de indenizar quando da prática do assédio moral.

O artigo 186 do Código Civil preceitua: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". Já o artigo 187 do mesmo diploma legal prossegue com a conceituação: "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Já no capítulo específico de responsabilidade civil, o artigo 927 estabelece: "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

O artigo 932, inciso III, por sua vez, aduz: "são também responsáveis pela reparação civil o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele".

A hipótese do mencionado dispositivo refere-se à responsabilidade civil por ato praticado por terceiro. Nessa hipótese, ressalta o artigo 933, as pessoas indica-

das nos incisos I a V respondem pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos ainda que não haja culpa, Portanto, responderá o empregador objetivamente pelos atos praticados por seu empregados, incluindo-se a prática do assédio moral.

Nessa perspectiva, destaca Cláudia Coutinho Stephan (2013, p. 174-175):

> No Brasil, o art. 933 do Código Civil vigente adotou a teoria objetiva para esta espécie de ilícito, na medida em que o dano praticado por empregado ou preposto no exercício do trabalho é respondido pelo empregador, independentemente de culpa, bastando que o ilícito seja provado e que exista nexo de causalidade. Esta disposição é de grande relevância para a apreciação da responsabilidade civil decorrente de dano moral no trabalho, responsabilizando-se o empregador por ato praticado por seu empregado, preposto, serviçal, quando consumado o assédio.

Observa-se, desse modo, que o empregador responderá pelo assédio moral perpetrado em face do empregado, ainda que não seja o responsável direto por tal prática, sendo hipótese legal de responsabilização objetiva, independentemente da ocorrência de culpa.

Nesse sentido, existe decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (BRASIL, TRT 5ªR, 2014):

> Ementa: ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO. CONDUTA ABUSIVA NO AMBIENTE DE TRABALHO, EXPONDO O OBREIRO A SITUAÇÕES VEXATÓRIAS. Caracterizada a conduta abusiva e ilícita do preposto do empregador, configuradora de assédio moral, reconhece-se a responsabilidade civil deste, que, de forma objetiva, responde pelos atos de seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele, consoante disposto no inciso III do art. 932 do Código Civil Brasileiro. Processo 0000142-58.2012.5.05.0021 RecOrd, ac. nº 194325/2014, Relatora Desembargadora LUÍZA LOMBA, 2ª. TURMA, DJ 06/05/2014.

Destaca-se, ainda, o julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (BRASIL, TRT 15ªR, 2008):

> INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ASSÉDIO MORAL - RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR POR ATOS DE SEUS EMPREGADOS E PREPOSTOS: É do empregador a responsabilidade de indenização decorrente do desvio de conduta de seu empregado que causa dano a outrem, no ambiente de trabalho, pouco importando ter aquele infringido ou não o dever normal de vigilância, por caracterizar hipótese legal de responsabilidade civil objetiva, consoante o disposto no artigo 932 e 933 do novo Código Civil, assegurado, todavia, o direito regressivo de reembolso da soma indenizatória que despendeu, conforme o disposto no artigo 934 do mesmo estatuto. PROCESSO Nº 01837-2006-135-15-00-0 RO. Decisão N° 063464/2008-PATR. Relator(a): ELENCY PEREIRA NEVES. DJ 23/09/2008.

A responsabilidade objetiva encontra fundamento no poder diretivo e na assunção dos riscos do empreendimento, previstos no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, uma vez que "o empregador pode evitar o assédio moral, caso esteja realmente empenhado em construir um ambiente de trabalho saudável e respeitador da dignidade humana" (STEPHAN, 2013, p. 175).

Assim, note-se que a responsabilidade civil objetiva do empregador é caracterizada em caso de assédio moral vertical descendente (superior hierárquico contra empregado), vertical ascendente (empregados contra o superior hierárquico) e horizontal (entre colegas de trabalho do mesmo nível hierárquico), pois nas três hipóteses as condutas ensejadoras do assédio moral são praticadas por um empregado em face do outro.

Em consequência disso, assevera Maria Aparecida Alckmin (2005, p. 108):

> O empregador não somente deve se ater a adotar comportamento lesivo à integridade psicofísica e à dignidade do empregado, como também deve adotar medidas genéricas de prudência e as diligências necessárias para a tutela da incolumidade e integridade psicofísica do empregado, devendo punir, no uso de seu poder disciplinar, os atos atentatórios à saúde, personalidade e dignidade do empregado, cometidos por qualquer outra pessoa no ambiente de trabalho, seja colega de serviço, seja preposto.

A responsabilidade dos assediadores, porém, é subjetiva, sempre vinculada a ações dolosas. "Afinal, no entendimento deste estudo, não seria possível a prática

de condutas hostis, reiteradas e prolongadas de forma culposa (sentido estrito), haja vista estas sempre se apresentarem acompanhadas do intuito de excluir e humilhar o assediado (WYZYKOWSKI; BARROS; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 180)".

Nada impede, entretanto, que o empregador recupere o que pagou em virtude da conduta praticada por empregado seu em face da vítima do assédio, conforme ressalta o artigo 935 do Código Civil: "Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz".

Nesse sentido, Márcia Novaes Guedes (2008, p. 113) leciona:

> Abriu também o novo Código a possibilidade do direito de regresso daquele que ressarciu o dano causado por outrem. Assim, ao empregador preservou-se o direito de ajuizar ação de regresso para se reembolsar do prejuízo que pagou por danos praticados por seus empregados e prepostos (Novo C. Civil, artigo 934). A inovação, se é que assim podemos defini-la, abre a possiblidade da denunciação à lide na Justiça do Trabalho. Isso, claro, nas hipóteses em que se admita a Competência da Justiça do Trabalho.

Observa-se, portanto, que para o empregador ter direito ao ressarcimento do valor pago ao empregado em virtude do assédio moral praticado por outro empregado e seu ou preposto, é preciso que esse tenha agido com dolo.

Em contrapartida, em caso de assédio moral estratégico, ocorrido quando os atos são praticados diretamente pelo empregador, a responsabilidade será subjetiva. O empregador, que detém o poder diretivo, se utiliza do assédio moral como tática na gestão do seu negócio (WYZYKOWSKI; BARROS; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 182).

Nessa linha de entendimento, há decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (BRASIL, TRT 5ªR, 2013):

> ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO EMPREGADOR. Nas relações de trabalho, o assédio moral configura-se como conduta abusiva do empregador ou de seus prepostos, mediante a qual fica exposto o obreiro, de forma reiterada, a situações vexatórias, humilhantes e constrangedoras, as quais atentam contra a sua dignidade e integridade psíquica. Resulta em danos materiais ou extrapatrimoniais (dano moral), sendo que este independe de prova, haja

> vista ser presumível. Desse modo, para provar a conduta ilícita do empregador que caracterize assédio moral, é necessário a presença dos três elementos essenciais para a sua configuração - o dano, o nexo causal entre este e a conduta abusiva do empregador, e o elemento anímico (o dolo). Processo 0000941-38.2011.5.05.0021 RecOrd, ac. nº 157957/2013, Relator Desembargador EDILTON MEIRELES , 1ª. TURMA, DJ 08/08/2013.

Conclui-se, desta forma, que a responsabilidade civil pela prática do assédio moral será objetiva para o empregador quando for praticada por seus empregados ou prepostos; será sempre subjetiva para os empregados e prepostos, devendo o empregador comprovar a culpa desses para ser ressarcido. E, finalmente, será subjetiva para o empregador, quando o assédio moral for perpetrado diretamente pelo mesmo.

Por fim, cabe ressaltar que em todos os casos faz-se necessária a ocorrência do dano para que haja dever de indenizar, uma vez que o dano faz parte dos elementos caracterizadores a responsabilidade civil, conforme já assinalado.

3 A PROVA DO ASSÉDIO MORAL E DO DANO

Existe uma dificuldade prática no que tange às provas necessárias para comprovar a ocorrência da prática do assédio moral, bem como dos danos gerados por tais condutas, tornando-se necessário verificar quais são os meios de que pode se valer a vítima para provar que sofre tal violência psíquica em seu cotidiano laboral.

Para tanto, é preciso trazer algumas considerações gerais acerca das regras gerais de distribuição do ônus da prova.

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 818, único acerca do tema no referido diploma normativo, dispõe: “a prova das alegações incumbe a parte que as fizer”.

Em virtude da incompletude do tema na lei trabalhista e da compatibilidade da norma processual comum (artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho), aplica-se subsidiariamente o artigo 373 do Novo Código de Processo Civil, que estabelece que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto aos fatos constitutivos do seu direito (inciso I); e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (inciso II).

A prova do assédio moral caracteriza-se fato constitutivo do direito do autor, pelo que, em regra, deverá ser realizada pelo mesmo. Contudo, muitas vezes a vítima se acha impossibilitada de fazer tal prova, por inúmeras razões.

> A maioria dos casos concretos em que o assédio moral não é explícito, embora sub-reptício, desestabiliza o comportamento da vítima, já que o agressor pode conduzir com habilidade a desqualificação do agredido, até mesmo perante seus colegas de trabalho. Muitas vezes, a vítima do assédio não possui condições de aportar a prova cabal ao deslinde do feito, já que a situação resulta quase impossível ao se pretender determinar com precisão quando e como começou a desenvolver-se o processo do assédio moral (STEPHAN, 2013, p. 186).

No que tange à atribuição do ônus da prova, bem como à dificuldade de comprovação da prática do assédio moral, Sérgio Pinto Martins (2013, p. 97) aduz: "a prova do assédio será do empregado, por se tratar de fato constitutivo do seu direito (artigo 818 da CLT e inciso I do art. 333 do CPC). É uma prova difícil de ser feita, pois geralmente as manifestações ocorrem quando estão presentes apenas assediador e assediado".

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (BRASIL, TRT 5ªR, 2014):

> Ementa: BANCÁRIO. CARGO DE CONFIANÇA. ARTIGO 224, §2º, DA CLT. ÔNUS DA PROVA. Não tendo o Banco se desincumbido do ônus de provar que a obreira exercia, de fato, cargo de confiança bancária, e como tal se enquadrava na regra disposta no §2º do artigo 224 da CLT, devem ser consideradas extraordinárias as horas prestadas além da sexta diária, ressaltando-se que, à luz do que estabelece a Súmula nº 109 do C. TST, a sétima e a oitava horas prestadas não podem ser compensadas com o valor recebido a título de gratificação de função. **INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EXTRAPOLAÇÃO DOS LIMITES DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR. ASSÉDIO MORAL. ÔNUS DA PROVA**. **Compete à reclamante o ônus de provar a existência do alegado dano moral e quem o provocou, por se tratar de fato constitutivo do seu direito, na forma do quanto disposto no inciso I do artigo 333 do CPC, de aplicação subsidiária nesta Especializada**. Processo 0001233-37.2012.5.05.0005 RecOrd, ac. nº 186955/2014, Relatora Desem-

> bargadora DÉBORA MACHADO, 2ª. TURMA, DJ 14/03/2014. (Grifo não constante do original).

No campo do ônus da prova, defende, ainda, o autor (2013, p. 98), a impossibilidade de inversão, pois haveria prova impossível para o empregador, uma vez que o mesmo teria que fazer a prova de que não praticou o assédio, não havendo previsão legal nesse sentido.

Cláudia Coutinho Stephan (2013, p. 188), por outro vértice, sustenta a possibilidade de inversão do ônus da prova, pois muitas vezes a prova torna-se impossível de ser produzida pela vítima.

> Embora existam opiniões contrárias, compreende-se que a solução legal mais razoável seria a inversão do ônus da prova para todo e qualquer tipo de assédio moral no ambiente de trabalho, primeiramente porque a prova dos fatos constitutivos por parte do assediado é praticamente impossível, e, também, porque a entidade patronal possui melhores condições e esclarecer e desmistificar os fatos sucedidos. Sendo assim, caso o empregador seja o sujeito ativo do assédio moral.

Modernamente, surgiu a distribuição dinâmica do ônus da prova do ônus da prova, a qual determina que a prova deverá ser produzida pela parte que tiver maior aptidão para tanto. A utilização dessa teoria pode servir para chegar a uma distribuição equânime do ônus da prova no caso do assédio moral e, consequentemente a uma decisão mais justa. O Novo Código de Processo Civil contemplou essa possibilidade por meio do artigo 373, parágrafos 1º e 2º. O parágrafo 1º do referido dispositivo dispõe:

> Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Por sua vez, o §2º do mesmo artigo determina que a possibilidade acima mencionada “não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”

Quanto à necessidade de prova do sofrimento causado pelo assédio moral, Maria Aparecida Alckmin (2005, p. 117) defende ser desnecessária, bastando a prova do ilícito para que haja dever de reparação.

> Para a reparação do dano moral, é imprescindível a prova dos fatos que dão causa ao dano moral, entretanto, é prescindível a prova da dor, sofrimento e perturbação interior causada pela conduta ilícita, pois a doutrina e jurisprudência admitem a teoria do *danun in re ipsa*, para o qual o dano se prova por si mesmo, ou seja, provando o ilícito, dispensa-se a prova do prejuízo moral *in concreto*, pois ferir os direitos de personalidade e afetar o mais íntimo sentimento humano, é de difícil constatação.

O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (BRASIL, TRT 15ªR, 2014): já adotou posição nesse sentido:

> ASSÉDIO MORAL. ÔNUS DA PROVA. FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO**.** Para que se configure o assédio moral, é necessário que estejam presentes alguns requisitos, dentre eles e, mais importantes, a repetição da conduta e a intenção do ofensor, de verdadeira destruição do ofendido. Nesse sentido, a consequência marcante do assédio moral é o dano psíquico-emocional que traz prejuízos de ordem interna gravíssimos à pessoa do assediado. **Por óbvio, que em muitas situações, o dano moral decorrente do assédio é presumido, em razão da difícil prova de suas consequências internas. Entretanto, deve haver nos autos, ao menos, prova da conduta do assediador e, que esta, dirigia-se exclusivamente à pessoa do assediado na intenção de causar-lhe danos graves de ordem interna**. Recurso não provido no particular. Recurso da Reclamada provido para declarar a improcedência da Reclamatória. TRT 15ª R. Recurso ordinário. Processo nº Nº 0001437-39.2011.5.15.0005. Decisão N° 011909/2014-PATR 2ª Turma, 3ª Câmara. Desembargador Relator: Helcio Dantas Lobos Junior. (grifo não constante do original).

No que tange às espécies de provas, entende-se que qualquer meio de prova poderá ser admitido, ante à dificuldade de comprovação do assédio moral, em especial porque a prova testemunhal constitui-se principalmente de empregados da mesma empresa, que podem se sentir desconfortáveis ao testemunhar, pelo medo de sofrerem consequências negativas no trabalho. Ademais, muitas vezes o assédio moral é perpetrado sem a presença de testemunhas, o que dificulta, e muito, a produção da prova por parte da vítima.

Diante disso, Stephan (2013, p. 187) considera ser possível até mesmo gravações de conversas como prova do ocorrido.

> Entende-se, também, que as gravações de conversas, que caracterizam o assédio moral podem ser aceitas como meio de prova, pois, do contrário, o direito do assediado seria prejudicado quando as atitudes assediadores ocorrerem longe de qualquer indivíduo que pudesse presenciar tal situação. Aliás, é bastante comum que os comportamentos assediantes não sejam realizados na presença de terceiros, o que dificulta demasiadamente a prova, principalmente a prova testemunhal.

Assim, a autora (2013, p. 188) propõe uma flexibilização da prova, mediante a utilização das máximas de experiência para a subsunção dos fatos pelo magistrado, pois o assédio moral exige que o julgador realize um juízo de valor, sendo esse um motivo relevante para a revisão de alguns quadros tradicionais no ordenamento justrabalhista, de modo que a vítima do assédio seja efetivamente amparada.

Vale trazer à colação o julgamento do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, que condenou o agressor por prova unicamente testemunhal, o que é comum no âmbito da Justiça do Trabalho (BRASIL, TRT 1ªR, 2013):

> ASSÉDIO MORAL E ASSÉDIO SEXUAL: Sobre a autora recaía a prova do assédio sofrido, o que conseguiu com o depoimento das testemunhas, inclusive da testemunha indicada pelo réu. Cabe ao empregador, inteligente, zelar pelo ambiente de trabalho, mais precisamente o comportamento dos empregados, pois as ausências ao trabalho decorrentes dos efeitos do assédio comprometem seu negócio. TRT-1. Recurso ordinário nº 00003697820105010005, Relatora: Maria Aparecida Coutinho Magalhães.

Ainda na esfera da produção probatória do assédio moral, discute-se a possibilidade de aplicação do princípio do *in dubio pro operário,* também chamado de *in dubio pro* misero, no processo do trabalho. Não há dúvidas que tal princípio seja aplicado no direito material do trabalho, no entanto, a maior parte da doutrina entende não ser possível a aplicação do mesmo no campo probatório. Se fosse possível, o juiz, caso tivesse dúvidas quanto à realidade fática trazida pelas provas produzidas, deveria proferir decisão que beneficiasse o trabalhador.

Citando Américo Plá Rodrigues, destaca Maurício Godinho Delgado (2013, p. 204) o fundamento dos defensores da aplicação da dimensão processual do princípio em comento:

> O argumento era no sentido de que "...as mesmas razões de desigualdade compensatória que deram origem à aplicação deste princípio, justificam que se estenda à análise dos fatos que, em geral, o trabalhador tem muito maior dificuldade do que o empregador para provar certos fatos ou trazer certos dados ou obter certas informações ou documentos".

Filia-se, no entanto, à corrente que não admite essa dimensão processual do princípio *in dubio pro misero*:

> (...)essa diretriz propositora de um desequilíbrio atávico ao processo de exame e valoração dos fatos trazidos à análise do intérprete e aplicador do Direito não passa pelo crivo da cientificidade que se considera hoje próprio ao fenômeno jurídico. (...) Hoje, a teoria do ônus da prova sedimentada no Direito Processual do Trabalho, e o largo espectro de presunções que caracteriza esse ramo especializado do Direito já franqueiam, pelo desequilíbrio probatório imposto às partes (em benefício do prestador de serviços), possibilidades mais eficazes de reprodução, no processo, da verdade real. Em consequência, havendo dúvida do juiz em face do conjunto probatório existente e das presunções aplicáveis, ela deverá decidir em desfavo da parte que tenha o ônus da prova naquele tópico duvidoso, e não segundo a diretriz genérica *in dubio pro operário* (DELGADO, 2013, p. 205).

Conclui-se, dessa forma, que a solução mais adequada para se chegar a uma decisão final mais justa seria a análise da distribuição do ônus probatório no caso concreto, pois o juiz, assim, pode verificar qual das partes possui uma melhor aptidão para a prova, devendo-se admitir, ainda qualquer meio idôneo para provar as condutas perversas, garantindo-se a efetividade do direito à dignidade humana nas relações laborais e impedindo a propagação da prática do assédio moral por parte do empregador e de seus prepostos.

CONCLUSÃO

Verificou-se no presente artigo que o assédio moral no trabalho consiste em condutas abusivas, constrangedoras e humilhantes perpetradas no ambiente laboral pelo superior hierárquico ou até mesmo por colegas de trabalho, de modo repetitivo e prolongado, que ferem direitos fundamentais do empregado, destacando-se, dentre as diversas características, a intensidade da violência psicológica, a necessidade de prolongamento no tempo, a finalidade de causar dano e a produção efetiva de danos psíquicos.

Ademais, quando da prática do assédio moral, há violação frontal a direitos fundamentais do empregado, bem como ao princípio da dignidade da pessoa humana, que se desdobra no princípio da dignidade da pessoa do trabalhador. O trabalhador somente tem sua dignidade respeitada quando lhes são garantidas condições dignas de trabalho, tais como um meio ambiente laboral saudável, respeitando os seus direitos da personalidade, bem como às normas de saúde e segurança do trabalho e os direitos previstos na Constituição e na legislação trabalhista vigentes.

Quando ocorre um caso de assédio moral, nasce para a vítima o direito à reparação pelos danos sofridos. A responsabilidade civil poderá ser objetiva ou subjetiva, a depender do caso em questão. Quando o assédio moral for perpetrado pelo empregado, o empregador responderá objetivamente, independentemente da comprovação de culpa, mas o empregado responderá subjetivamente, devendo o empregador comprovar a culpa do mesmo em ação regressiva ou denunciação da lide. Quando, por sua vez, o assédio moral for cometido diretamente pelo empregador, há responsabilidade civil subjetiva.

Cabe ressaltar, por fim, que o assédio moral, em diversas situações, é de difícil comprovação. As agressões à vítima podem ter sido realizadas sem a presença de testemunhas ou as testemunhas por serem, na maioria das vezes, empregadas do agressor, podem sentir-se coagidas a prestar depoimento e sofrer represálias. Desse modo, torna-se imprescindível a cautela do magistrado ao analisar o caso

em concreto, devendo atribuir o ônus da prova à parte que possuir melhor aptidão para produzi-las, valendo-se do instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova, ainda em desenvolvimento no ordenamento jurídico vigente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCKMIN, Maria Aparecida. *Assédio moral na relação de emprego*. Curitiba: Juruá, 2005.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho.* 4.ed. São Paulo, LTR, 2008.

BRASIL, Código de Processo Civil, Lei 13105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 10 set. 2016.

BRASIL, *Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região*. Recurso Ordinário nº Nº 0000068-42.2013.5.05.0191. Recorrentes: Adriana Chaves Lula Pereira e Banco Santander S.A. Recorridos: os mesmos. Relator: Desembargador Esequias de Oliveira. Salvador, 6 de maio de 2014. Disponível em: http://www.trt5.jus.br/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlobTexto.asp?v_id=565590&texto=ass%E9dio%20and%20moral. Acesso em 13 ago. 2016.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Recurso Ordinário nº 0000140-22.2011.5.05.0022. Recorrentes: Josemario da Assunção Jesus e Cencosud Brasil Comercial Ltda. Recorridos: os mesmos. Relatora: Desembargadora Maria Adna Aguiar. Salvador, 6 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.trt5.jus.br/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlobTexto.asp?v_id=465211&texto=ass%E9dio%20and%20moral%20and%20revista%20and%20%EDntima. Acesso em 13 ago 2016.

BRASIL, *Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região*. Recurso Ordinário nº 0001233-37.2012.5.05.0005. Recorrentes: Jamile Sousa Falcão Barbosa e Banco Bradesco S.A. Recorridos: os mesmos. Relatora: Desembargadora Débora Maria Lima Machado. Salvador, 12 de março de 2014. Disponível em: https://aplicacoes.trt5.jus.br/esamp//f/n/consultadocumentocon?id=1011403 1301144425188&municipio=1. Acesso em 14 ago. 2016.

BRASIL, *Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região*. Recurso Ordinário nº00003697820105010005. Recorrentes: Luciene Padilha Buzzone e Banco Bradesco S.A. Recorridos: os mesmos. Relatora: Desembargadora Maria Aparecida Coutinho Magalhães. Rio de Janeiro, 29 de janeiro de 2013. Disponível em: http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/461683/00003697820105010005%2321-02-2013.pdf?sequence=1. Acesso em 20 ago. 2016.

BRASIL, *Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. Recurso Ordinário nº0001437-39.2011.5.15.0005. Recorrentes: Dirceu Felisberto da Silva e Igreja do Evangelho Quadrangular. Recorridos: os mesmos. Relator: Desembargador Helcio Dantas Lobos Junior. Campinas, 6 de março de 2014. Disponível em: http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pDecisao.wAcordao?pTipoConsulta=PROCESSOCNJ&n_idv=1462045. Acesso em 10 set. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil.* 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* 12.ed. São Paulo, LTR, 2013.

GUEDES, Márcia Novaes. *Terror Psicológico no trabalho.* 3.ed. São Paulo: LTR, 2008.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa do cotidiano*. 7.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Assédio Moral no Emprego.* 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Assédio moral.* 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NETTO, Felipe P. Braga. *Manual de Responsabilidade Civil do Estado:* à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da Teoria dos Direitos Fundamentais. 3.ed. São Paulo: Juspodivm, 2015.

STEPHAN, Cláudia Coutinho. *O Princípio Constitucional da Dignidade e o Assédio Moral no Direito do Trabalho de Portugal e do Brasil.* São Paulo: LTR, 2013.

WYZYKOWSKI, Adriana; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Assédio Moral Laboral e Direitos Fundamentais.* São Paulo: LTR, 2014.

(Footnotes)

1 Englobam convênios privados, planos de desconto e atendimentos particulares feitos pela própria instituição.